

Können deutsche Gerichte der freiwilligen Gerichtsbarkeit,
wenn sie ausländisches materielles Recht anzuwenden haben,
Verrichtungen vornehmen, die von ähnlichen damit vergleich-
baren richterlichen Tätigkeiten aus dem deutschen Recht
wesensverschieden sind, oder die das deutsche Recht nicht kennt?

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde
der Hohen Juristischen Fakultät
der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg i.Br.

vorgelegt von
Klaus Reich
aus Mailand

1957

Besetzte Literatur

Amstutz	Lehrbuch des Völkerrechts, 1. Bd. (Übersetzung aus dem Italienischen nach der 1. Auflage des "Corso di Diritto Internazionale"), 1929.
Aschbach	Stiele über Gerichtsbarkeit, 1934.
v. Bar	Theorie und Praxis des internationalen Privatrechts, 2. Aufl. 1929.
Bährsch-Lauterbach	Zivilprozedur, 24. Aufl. 1935.
Bahr	Freiwillige Gerichtsbarkeit, 1935.
Bellack	"Adoptionen im Ausland" in Zeitschrift für den Staatsrechtswissenschaftler, deutsches Staats- und Völkerrecht, Staatsangehörigkeit, 26. 1935, S. 54 ff. (512).
Bellack	"Internationale Zuständigkeit in legislativemachen" in "Recht und Staat in Recht und Geschichte", Zeitschrift für Recht, 1934.
Bellack	Dekan: Professor Dr. Thomas W ü r t e n b e r g e r c h t in Zeitschrift für Völkerrecht, 1935, S. 41 ff.
Bergmann	Referent: Professor Dr. Horst M ü l l e r Völkerrecht, 1. Aufl. 1935.
Böhm	Handbuch der internationalen Rechtsabhandlung, 2. Aufl. 1935.
Bonacerrata-Laborde-Lassale-Cremien	Précis de droit civil, Bd. I, 1935.
Bömer Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch.	
Börsch	"Zeichensystem des Adoptionsrechts" in Deutsches Recht 1939, S. 1349.
Börsch	Der Rechtsabhandler und seine Abteilung, 2. Aufl. 1941.
Börsch	Europäisches Familienrecht, 2. Aufl. 1934.
Börsch	Die Aufgabe des Richters bei der Anwendung ausländischen Rechts, jur. Wiss., Zürich, 1939.
Börsch	Die Internationalen Beziehungen für France in 1935; jur. Wiss., Hamburg, 1937.
Börsch	Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, 1935.
Börsch-Capitaine-Juliet de la Morandière	Corso di Diritto civile di diritto civile francese, Bd. I, 2. Aufl. 1939.
Börsch-Porter	Schweizerisches Zivilgesetzbuch mit Erläuterungen, 1935.
Börsch	"Betrachtungen des ausländischen, internationalen und internationalen Privatrechts in besetzten Deutschland" in Zeitschrift für Rechtswissenschaften 70. Jahrgang, 1935.

Benutzte Literatur

- Anzilotti Lehrbuch des Völkerrechts, I.Bd. (Übersetzung aus dem Italienischen nach der 3.Auflage des "Corso di diritto internazionale"), 1929.
- Auerbach Freiwillige Gerichtsbarkeit, 1954.
- v.Bar Theorie und Praxis des internationalen Privatrechts, 2.Aufl. 1889.
- Baumbach-Lauterbach Zivilprozeßordnung, 24.Aufl. 1956.
- Baur Freiwillige Gerichtsbarkeit, 1955.
- Beitzke "Adoptionen ins Ausland" in Zeitschrift für das Standesamtswesen, deutsches Ehe- und Kindschaftsrecht, Staatsangehörigkeit, Jg.1948, S.54 ff. (StAZ).
- Beitzke "Internationale Zuständigkeit in Legitimations-sachen" in "Mensch und Staat in Recht und Geschichte", Festschrift für Kraus, 1954.
- Beitzke "Internationales und interlokales Privatrecht" in Festschrift für Nipperdey, 1955, S.41 ff.
- Bergmann Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht, 3.Aufl. 1953.
- Böhm Handbuch der internationalen Nachlaßbehandlung, 2.Aufl. 1895.
- Bonnecarrère-Laborde= Précis de droit civil, Bd.1, 1933.
Lacoste-Cremien
- Bonner Kommentar zum Bonner Grundgesetz.
- Boschan "Zwischenstaatliches Adoptionsrecht" in Deutsches Recht 1939, S.1349.
- Boschan Der Nachlaßrichter und seine Abteilung, 2.Aufl. 1941.
- Boschan Europäisches Familienrecht, 2.Aufl. 1954.
- Bosshard Die Aufgabe des Richters bei der Anwendung ausländischen Rechts, jur.Diss. Zürich, 1929.
- Brער Die Interzessionsbeschränkungen für Frauen im IPR; jur.Diss. Hamburg, 1937.
- Carlebach Kommentar zum Reichsgesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, 1913.
- Colin-Capitant-Juliot Cours élémentaire de droit civil français, Bd.I, de la Morandière 9.Aufl. 1939.
- Curti-Forrer Schweizerisches Zivilgesetzbuch mit Erläuterungen, 1911.
- Dölle "Betrachtungen zum ausländischen, internationalen und interzonalen Privatrecht im besetzten Deutschland" in Festschrift für Raape zu seinem 70. Geburtstag, 1948.

- Dölle "Die persönlichen Rechtsverhältnisse zwischen Ehegatten im deutschen internationalen Privatrecht" in RabelsZ XVI (1951), S.360 ff.
- Dorner Das Reichsgesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit vom 17.5.1898; Karlsruhe 1899.
- Dronke Das Reichsgesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit vom 17.5.1898.
- Ebert-Dudek-Lindemann Das Reichsgesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, 2.Aufl. 1908.
- Eckstein Zur Lehre von der Gerichtsbarkeit und der internationalen Zuständigkeit im deutschen Zivilprozeß; jur.Diss. Freiburg, 1951.
- Egger Kommentar zum Schweizer Zivilgesetzbuch, Familienrecht; erste Abteilung: 2.Aufl. 1936; zweite Abteilung: 2.Aufl. 1943.
- Erman-Marquardt Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 1952.
- Ferid Der Neubürger im internationalen Privatrecht, 1949.
- Ferid-Firsching Internationales Erbrecht, 1955.
- Fischer-Henle Bürgerliches Gesetzbuch, 14.Aufl. 1932; EG bearbeitet von Kipp.
- Frankenstein Internationales Privatrecht (Grenzrecht). Bd.I 1926; Bd.II 1929; Bd.III 1935; Bd.IV 1935.
- Fuzier-Herman-Demogue: Code civil annoté; Bd.I 1935; Bd.II 1936.
- Gmür Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch. Familienrecht, 1.Abteilung: 2.Aufl. 1923; 2.Abteilung 1927 (erläutert von Silbernagel und Wäber).
- Gmür-Tuor Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Erbrecht; 1929.
- Guggenheim Lehrbuch des Völkerrechts, Bd.I 1948.
- Gutzwiller Internationales Privatrecht, Teil VIII in Stammlers Enzyklopädie "Das gesamte deutsche Recht", 1931, S.1512 ff.
- Habicht-Greiff Internationales Privatrecht nach dem Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 1907.
- Haegele Aufgaben und Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit, 1950.
- Haidlen-Mayer Das Nachlaßgericht nach Reichsrecht und württembergischen Landesrecht, 1912.
- Harries Das internationale Entmündigungsrecht; jur.Diss. Göttingen 1955.
- Hold-Ferneck Lehrbuch des Völkerrechts; 2 Bände, 1930 und 1932.
- Ipsen "Die Gleichheit" in Neumann-Nipperdey-Scheuner: Die Grundrechte, II.Bd. 1954, S.111 ff.
- Jarck "Wiederaufhebung einer im Ausland ausgesprochenen Entmündigung eines Deutschen durch ein inländisches Gericht" in NJW 1956, 1348 ff.

- Josef "Die Zuständigkeit deutscher Nachlaßgerichte bei Sterbefällen von Ausländern" in JW 1912, S.1024 ff.
- Juliot de la Morandière Cours élémentaire de droit civil français, 11.Aufl. Bd.I 1947.
- Kahn Abhandlungen zum IPR, 1928, 2 Bände herausgegeben von Lenel und Lewald.
- Kallmann Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Zivilurteile und gerichtlicher Vergleiche, 1946.
- Keidel Gesetz über die Angelegenheiten freiwilliger Gerichtsbarkeit, 6.Aufl. 1954.
- Kipp Erbrecht, 10.Bearbeitung von Coing, 1955 (zit.: Kipp-Coing).
- Klang Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, 2.Aufl. II.Bd. 1950, III.Bd. 1952.
- Köhne-Feist Die Nachlaßbehandlung, 19.Aufl. 1917.
- Krönig Die international-privatrechtliche Zuständigkeit in der freiwilligen Gerichtsbarkeit; jur.Diss. Hamburg, 1936.
- Lachau-Daguin De l'exécution des jugements étrangers d'après la jurisprudence française, 1889.
- Lent Freiwillige Gerichtsbarkeit, Studienbuch, 2.Aufl. 1954.
- Levis Das internationale Entmündigungsrecht, 1906.
- Lewald Das internationale Privatrecht auf Grundlage der Rechtsprechung, 1931.
- Makarov Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung, 1949.
- Makarov Quellen des IPR, Bd.I: Gesetzestexte, 2.Aufl. 1953.
- Mangoldt Das Bonner Grundgesetz, 1953.
- Mann "Völkerrecht im Zivilprozeß" in SJZ 1950, 546 ff.
- Matthies Die deutsche internationale Zuständigkeit, 1955.
- Meili Das internationale Zivilprozeßrecht, 1906.
- Melchior Die Grundlagen des deutschen internationalen Privatrechts, 1932.
- Morel, René Traité élémentaire de procedure civile, 2.Aufl. 1949.
- Müller, Horst "Der Schuldausspruch bei Ehescheidung durch deutsche Gerichte nach ausländischem Recht" in Jahrbuch für internationales Recht, begründet von Laun und v.Mangoldt, Bd.V (1955) S.239 ff.
- Neubecker IPR in "Jahrbuch für den internationalen Rechtsverkehr", 1912.
- Neumeyer "Das internationale Recht der freiwilligen Gerichtsbarkeit" in Wörterbuch des deutschen Staats- und Verwaltungsrechts, 2.Bd. 1913, von Stengel-Fleischmann, S.441 ff.

- Neuner Internationale Zuständigkeit, 1929.
- Niemeyer Das internationale Privatrecht des BGB, 1901.
- Niemeyer "Sind deutsche Nachlaßgerichte unzuständig, wenn materiell für den Erbfall ausländisches Recht maßgebend ist?" in NZ XIII (1903) S.21 ff.
- Nikisch Zivilprozeßrecht, 2.Aufl. 1952.
- Nouveau repertoire de droit; jurisprudence générale Dalloz, Bd.II 1948, Bd.IV 1950 (zit.: Dalloz ...).
- Nussbaum Deutsches internationales Privatrecht, 1932.
- Nussbaum Principles of Private International Law, 1952.
- Pagenstecher "Gerichtsbarkheit und internationale Zuständigkeit als selbständige Prozeßvoraussetzungen" in RabelsZ XI (1937), 337 ff.
Außerdem in RabelsZ IV (1930), S.713 ff.: ohne Titel; Besprechung von Neuners "Internationale Zuständigkeit".
- Palandt Bürgerliches Gesetzbuch, 15.Aufl. 1956. EG bearbeitet von Lauterbach (zit.: Palandt-Lauterbach..).
- Perroud "Décisions judiciaires étrangères" in Repertoire du droit international, Bd.5 (1929) S.351 ff.
- Petit dictionnaire de droit, Librairie Dalloz, 1951.
- v.d.Pfordten Die Behandlung des Nachlasses von Ausländern, 1904.
- Pillet Traité pratique de droit international privé, Bd.1 (1923) und Bd.2 (1924).
- Planck Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 6.Band: Einführungsgesetz, 3.Aufl. 1905; 5.Band: Erbrecht, 3.Aufl. 1908.
- Planiol-Ripert Traité pratique de droit civil français, Bd.I, 2.Aufl. 1952 (zit.: Traité pr.).
- Planiol-Ripert-Boulanger Traité élémentaire de droit civil, Bd.I, 5.Aufl. 1950; Bd.III, 4.Aufl. 1951 (zit.: Traité élém.).
- van Praag Juridiction et droit international public, 1915; mit Nachtrag 1935.
- Raape Internationales Privatrecht, 4.Aufl. 1955 (zit.: Raape, Lehrbuch ...).
- Rabel Conflict of Laws. A Comparative Study, 1950.
- Rabel "Internationale Zusammenarbeit im Privatrecht" in RabelsZ XXVIII (1953), 602 ff.
- Rausnitz Das Reichsgesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, 1900.
- Reichhof Die staatliche Zuständigkeit der deutschen Nachlaßgerichte, jur.Diss. München, 1939.
- Reu Die staatliche Zuständigkeit im internationalen Privatrecht, 1938 (zit.: Reu ...).
- Reu Anwendung fremden Rechts, 1938 (zit.: "Anwendung fremden Rechts" ...).

Riedel	Jugendwohlfahrtsgesetz, 1952.
Riezler	Internationales Zivilprozeßrecht und prozessuales Fremdenrecht, 1949.
Riezler	"Zur sachlichen internationalen Unzuständigkeit" in Festschrift für Rosenberg, 1949, S.199 ff. (zit.: "Sachliche int.Unzust.").
Rosenberg	Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts, 7.Aufl. 1956.
Ruggiero-Maroi	Istituzione di diritto privato, 1.Bd., 8.Aufl. 1952.
Sauer	Grundlehre des Völkerrechts, 2.Aufl. 1948.
v.Savigny	System des römischen Rechts, Bd.VIII, 1849.
Schlegelberger	Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, 7.Aufl. 1956.
Schnitzer	Handbuch des internationalen Privatrechts, 2 Bände; 3.Aufl. 1950.
Schönke-Schröder-Niese	Lehrbuch des Zivilprozeßrechts, 8.Aufl. 1956.
Schultze-Görlitz	Die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichts- barkeit, 1900.
Schwider-Ehard	Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit vom 17.5.1898, 4.Aufl. 1932.
Seidel	Die Zuständigkeit deutscher Nachlaßgerichte beim Tode von Ausländern; jur.Diss. Rostock, 1905.
Siehr	Freiwillige Gerichtsbarkeit, 1930.
Soergel	Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz, 8.Aufl. 1955. EG bearbeitet von Kegel (zit.: Soergel-Kegel ...).
Sperl	Lehrbuch der bürgerlichen Rechtspflege, Bd.I 1925 (zit.: "Lehrbuch" ...).
Sperl	Eine internationale Zuständigkeitsordnung, 1926.
v.Staudinger	Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, VI.Bd. Einführungsgesetz, 2.Teil erläutert von Raape, 9.Aufl. 1931 (zit.: Raape ...).
Stauffer	Das internationale Privatrecht der Schweiz, 1925.
Stein-Jonas-Schönke	Kommentar zur Zivilprozeßordnung, I.Bd. 17.Aufl. 1953.
Stolfi	Diritto civile, Bd.IV, 1934.
Swoboda	Das internationale Recht der freiwilligen Ge- richtsbarkeit; jur.Diss. München, 1934.
Thieme	Die Rechtsstellung des Ausländers nach dem Bonner Grundgesetz; jur.Diss. Göttingen 1951.
Trabucchi	Istituzione di diritto civile, 4.Aufl. 1948.
Tuor	Das Schweizer Zivilgesetzbuch, 6.Aufl. 1953.
Verdross	Völkerrecht, 2.Aufl. 1950.
Wahl	"Zum internationalen Recht der freiwilligen Ge- richtsbarkeit in Personen- und Familiensachen" in RabelsZ X (1936), S.40 ff.

Walker	Internationales Privatrecht, 4.Aufl. 1926.
Warneyer-Bohnenberg	Das Bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich, 12.Aufl. 1951.
Weissler	Das Nachlaßverfahren, 2 Bände, 1920.
Wellstein	Das Reichsgesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, 2.Aufl. 1906.
Wiebe	Die erbrechtliche Stellung eines in Deutschland wohnhaften Polen nach deutschem und polnischem internationalen Privatrecht; jur.Diss. Hamburg, 1937.
Wolff, Karl	Grundriß des österreichischen bürgerlichen Rechts, 4.Aufl. 1948.
Wolff, Martin	Das internationale Privatrecht Deutschlands, 3.Aufl. 1954.
Zitelmann	Internationales Privatrecht, I.Bd. 1897; II.Bd. 1912.

A b k ü r z u n g e n

Die gebrauchten Abkürzungen sind die gebräuchlichen. Weniger gebrauchte oder in Deutschland unbekanntere Abkürzungen seien hier aufgezählt:

C.c.	Code civil
C.c.it.	Codice civile
C.d.pr.c.	Code de procédure civile
C.d.pr.c.it.	Codice di procedura civile
NAG	Bundesgesetz betreffend die zivilrechtlichen Verhältnisse der Niedergelassenen und Aufenthalt vom 25.6.1891 (abgedruckt in Schnitzer II, Anhang)
NZ	Zeitschrift für internationales Privat- und öffentliches Recht
RabelsZ	Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht

Z i t i e r w e i s e

Soweit mehrere Werke eines Schriftstellers benutzt werden, wird der Titel dieser Werke in den Zitaten mit genannt. Soweit bei öfters benutzten Werken deren Titel in abgekürzter Weise zitiert wird, ist dies im Literaturverzeichnis in Klammern nach dem Titel angegeben.

G l i e d e r u n g

A. Einleitung	1
B. Erster Teil	2
I. Die internationale Zuständigkeit	2
1. Begriff und Begriffsumfang	2
a) Die Bezeichnung	2
b) Abgrenzung von Gerichtsbarkeit, Zulässigkeit des Rechtswegs und Zulässigkeit einer Verrichtung	4
c) Begriffsbestimmung	8
d) Die dogmatische Bedeutung der internationalen Zuständigkeit	9
2. Wann liegt die internationale Zuständigkeit vor und wie ist sie zu prüfen?	9
3. Zwei Beispiele	15
II. Die Zulässigkeit einer Verrichtung	18
1. Einleitung	18
2. Können die Normen der deutschen freiwilligen Gerichts- barkeit mit ausländischem materiellen Recht verbunden werden?	18
3. Die Anerkennung der deutschen richterlichen Tätigkeit durch das ausländische materielle Recht	22
4. Die Vorbehaltsklauseln	24
5. Können die Normen des Völkerrechts ein Hindernis bereiten?	24
6. Rücksichtnahme auf ausländische ausschließliche Zuständigkeit?	27
7. Darf eine deutsche Behörde ihren Wesensbereich überschreiten?	28
8. Sind Verrichtungen rechtsgestaltenden Charakters zulässig?	31
C. Zweiter Teil	32
I. Vorbemerkung	32
II. Fälle aus dem französischen Recht	32
1. Die Emanzipation	32
a) Emanzipation durch den Vater (die Mutter)	32
b) Emanzipation durch den Familienrat	36
2. Ersetzung der Zustimmung durch eine Justizbehörde	38

3. Erziehungsmaßnahmen durch richterliche Anordnung. Art.375 ff. C.c.	40
4. Annahme unter der Rechtswohltat des Inventars	42
III. Fälle aus dem Schweizer Recht	44
1. Regelung des Rechtsverhältnisses geschiedener Eheleute zu ihren Kindern	44
2. Die legitimatio per judicem	48
3. Genehmigungen der Vormundschaftsbehörde	50
a) Die Genehmigung einer Interzession (Art.177 III ZGB)	50
b) Genehmigung zum Abschluß eines Ehevertrages nach Eingehung der Ehe (Art.181 II ZGB)	51
4. Amtliche Liquidation einer Erbschaft	52
IV. Ein Fall aus dem österreichischen Recht	54
Die Einantwortung des Nachlasses	54
V. Ein Fall aus dem italienischen Recht	56
Nachlaßliquidation des Erben mit Hilfe eines Notars	56

A . E i n l e i t u n g

Innerhalb der Aufgaben, die den deutschen Gerichten auf dem Gebiete der freiwilligen Gerichtsbarkeit obliegen, sind die meisten solche, die keine Beziehungen zum Ausland haben. Oft werden die deutschen Richter jedoch durch unsere Kollisionsnormen gezwungen, ausländisches materielles Recht anzuwenden. Dies ist meistens dann der Fall, wenn die Beteiligten - oder auch nur einer von ihnen - Ausländer sind. Das ausländische Recht verlangt vom Richter oft, Verrichtungen vorzunehmen, die es im deutschen Recht nicht gibt. Außerdem kennt das ausländische Recht Verrichtungen, die zwar mit ähnlichen richterlichen Tätigkeiten aus dem deutschen vergleichbar und dennoch von diesen wesensverschieden sind. Wird eine derartige Verrichtung von einem inländischen Gericht verlangt, dann entsteht die Frage, welche der verschiedenen denkbaren Entscheidungen es treffen soll. Diese hierbei entstehende Problematik soll in der vorliegenden Arbeit behandelt werden.

Im internationalen Recht der freiwilligen Gerichtsbarkeit entstehen häufig schon bei der Frage nach der anzuwendenden Sachnorm Schwierigkeiten. Diese Fragen werden in dieser Arbeit nicht berührt werden. Es wird vielmehr, wie unten aus dem zweiten Teil dieser Arbeit (C) zu ersehen ist, immer unterstellt werden, daß bereits feststeht, welches ausländische Recht zugrunde zu legen ist. Anhand des französischen, schweizerischen, österreichischen und italienischen Rechts werden Beispiele gebildet werden, die für die oben genannte und in dieser Arbeit zu behandelnde Problematik besonders charakteristisch sind.

B . E r s t e r T e i l

I. Die internationale Zuständigkeit

1. Begriff und Begriffsumfang

Die erste Frage, die ein Richter bei Bearbeitung eines Falles in der Regel zu klären hat, ist die Frage nach seiner Zuständigkeit. Die Zuständigkeit ist anhand der Vorschriften der Gerichtsverfassungsgesetze, der Prozeßordnungen und der sonstigen verfahrensrechtlichen Normen zu prüfen. Diese Frage birgt bei Fällen ohne eine Auslandsbeziehung meistens wenig Schwierigkeiten. Hier handelt es sich nur um die innerstaatliche Verteilung der einzelnen Aufgabenkreise unter die vorhandenen Behörden. Es ist nur fraglich, ob der Richter im Verhältnis zu den anderen Behörden innerhalb des Staatsgebiets örtlich und sachlich zuständig ist. Die Fragestellung ist aber eine andere, wenn die Beteiligten im Ausland wohnen oder Ausländer sind oder auch nur einer der Beteiligten eine ausländische Staatsangehörigkeit besitzt, oder wenn der Streitgegenstand eine Auslandsbeziehung aufweist. Bei diesen Fällen mit zwischenstaatlichem Einschlag ist es fraglich, ob ü b e r h a u p t einem inländischen Gericht eine Entscheidungsbefugnis zukommt. Hier muß der Richter prüfen, ob die von ihm anzuwendenden Verfahrensnormen, die die Zuständigkeit deutscher Gerichte regeln, g e n e r e l l die inländischen Behörden zur Verfügung stellen. Es wäre denkbar, daß der Gesetzgeber für diese Angelegenheiten mit internationalem Einschlag die deutschen Behörden in ihrer Gesamtheit nicht zur Verfügung stellt und daß alle inländischen Zuständigkeitsnormen nur den Sinn haben, die innerstaatliche Zuständigkeit zu regeln. Dies ist die Frage nach der i n t e r n a t i o n a l e n Zuständigkeit, welche von der Frage nach der bloßen i n n e r - s t a a t l i c h e n zu unterscheiden ist.

a) Die Bezeichnung

Die eben beschriebene besondere Prüfungsanforderung an den Richter für die genannten Angelegenheiten mit internationalem Einschlag ist im deutschen Verfahrensrecht der Sache nach einige Male geregelt (siehe z.B. §§ 606 und 23 ZPO). In der deutschen Gesetzessprache fehlt jedoch eine nähere Bezeichnung hierfür, was dazu führte, daß im Schrifttum und in der Rechtsprechung mehrere Ausdrücke gebraucht werden. Neuner, Lewald (1), Pagenstecher, Swoboda (2), Kallmann (3), Eckstein, Soergel-Kegel (4), Jarck (5), Matthies (6) und der Bundesgerichtshof (7) sprechen von

(1) Siehe insbesondere S. 399.
(2) Siehe insbesondere S. 22, 58.
(3) Siehe insbesondere S. 32.
(4) Art. 22, V 1 EG.
(5) NJW 1956, 349.
(6) Siehe insbesondere S. 27 ff.
(7) NJW 1956, 263.

"internationaler Zuständigkeit". Reu, Reichhof und Riezler (8) sagen "staatliche Zuständigkeit". Nussbaum (9) und Seidel gebrauchen den Ausdruck "Gerichtsbarekeit". Das Kammergericht (10) redet von "abstrakter Zuständigkeit" (11). Außerdem werden noch die Bezeichnungen "international-privatrechtliche Zuständigkeit" (12), "internationale Unzuständigkeit" (13) (14) und "sachliche internationale Unzuständigkeit" (15) benutzt.

Die Bezeichnung "staatliche Zuständigkeit" ist irreführend. Darunter könnte auch der Unterschied zwischen staatlichen und anderen Organen (z.B. kirchliche oder Organe der Schiedsgerichtsbarkeit) zu verstehen sein (16). Ebenso irreführend ist der von Krönig benutzte Ausdruck "international-privatrechtliche Zuständigkeit". Das Wort "international-privatrechtlich" könnte dazu verleiten anzunehmen, daß damit die Frage nach der anzuwendenden Sachnorm gemeint ist. Die vom Kammergericht gewählte Bezeichnung "abstrakte Zuständigkeit" läßt nicht erkennen, daß hier die Zuständigkeit bei Fällen mit Beziehungen zum Ausland zu prüfen ist. Man könnte außerdem die sachliche Zuständigkeit darunter verstehen. Der einzige Ausdruck, der nicht irreführend ist, ist die Bezeichnung "internationale Zuständigkeit". Damit wird klar gesagt, daß die Prüfung unter einem internationalen Gesichtspunkt zu erfolgen hat. Das Wort "international" vor dem Wort "Zuständigkeit" deutet, anders ausgedrückt, darauf hin, daß es sich hier nicht nur um eine innerstaatliche Zuständigkeit bei Fällen ohne Auslandsbeziehungen handelt. Es zeigt, daß Auslandsbeziehungen bestehen und daß gerade wegen dieses internationalen Ein-schlags die Zuständigkeit eines inländischen Gerichts geprüft werden soll, da möglicherweise deswegen die deutschen Gerichte nicht zuständig sein könnten. Das Wort "international" darf nicht dazu verleiten, an eine Zuständigkeitsordnung zu denken, die für die Behörden mehrerer Staaten gültig und verbindlich ist und welche durch einen internationalen Gesetzgeber oder durch gegenseitige völkerrechtliche Verträge verschiedener Staaten geschaffen wurde. Auch ist damit nicht eine Zuständigkeitsordnung für einen internationalen Gerichtshof gemeint. Das Wort "international" bedeutet dasselbe wie in den Ausdrücken "internationales Privatrecht" oder "internationales Prozeßrecht". Es handelt sich um i n - l ä n d i s c h e s Recht (17), das aber "seinem Inhalt nach Beziehungen deutschen Rechts zu fremden Rechten zum Gegenstand hat" (18).

Der Ausdruck "internationale Zuständigkeit" ist aber nicht nur deswegen zu bevorzugen, weil diese Bezeichnung, verglichen mit den übrigen, klarer und bestimmter ist. Wie anhand obiger Zitate nachgewiesen wurde, hat sich dieser Ausdruck bereits durchgesetzt. Im Schrifttum wird er überwiegend verwendet. Darüber hinaus gebraucht ihn jetzt auch der Bundesgerichtshof (19). Hat sich aber eine Bezeichnung, die in der Gesetzessprache fehlt, einmal durchgesetzt und besteht kein zwingender Grund, sie zu ändern, dann sollte sie beibehalten werden. Aus diesen Gründen wird in der vorliegenden Arbeit mit der herrschenden Meinung der Ausdruck "internationale Zuständigkeit" benutzt.

(8) Riezler (S.197 ff.) erwähnt die verschiedenen Ausdrucksmöglichkeiten und gebraucht selbst ebenfalls das Wort "staatliche Zuständigkeit".

(9) Siehe insbesondere § 57.

(10) OLG 32, 31 (33).

(11) Über "konkrete" und "abstrakte" Zuständigkeit vergl. auch Sperl, Lehrbuch S.148.

(12) So Krönig in seiner Dissertation.

(13) RGZ 157, 389.

(14) Josef (JW 1912, 1024) spricht von "sachlicher Zuständigkeit".

(15) Riezler in "Sachliche int. Unzust.", S.199 ff.

(16) Vergl. Riezler, S.203.

(17) Vergl. Pagenstecher, RabelsZ IV (1930), S.714; Neuner S.14 und Riezler S.203.

(18) So Eckstein S.19.

(19) NJW 1956, 263.

b) Abgrenzung von Gerichtsbarkeit, Zulässigkeit des Rechtswegs und Zulässigkeit einer Verrichtung

Der Begriff "Gerichtsbarkeit" ist vom Begriff "Zuständigkeit" zu trennen. Die Gerichtsbarkeit ist kein Unterfall der Zuständigkeit und umgekehrt. Das Reichsgericht war in seiner älteren Rechtsprechung der Ansicht, daß die Vorschriften der ZPO über die **ö r t l i c h e** Zuständigkeit die Gerichtsgewalt der deutschen Gerichte nicht nur im Verhältnis zueinander regeln, sondern zugleich mittelbar dem Ausland gegenüber die Grenzen für die Ausübung der Gerichtsbarkeit ziehen (20). In einer anderen Entscheidung (21) verneint das Reichsgericht, daß die Gerichtsbarkeit in den Begriff der örtlichen Zuständigkeit einzuordnen ist. Hier verband es den Begriff der Gerichtsbarkeit mit demjenigen der **s a c h l i c h e n** Zuständigkeit. Neuner (22) ist ähnlicher Ansicht. Er betrachtet die Gerichtsbarkeit als einen Unterfall des von ihm erläuterten Begriffs "internationale Zuständigkeit". Diese Auffassung wird von Pagenstecher (23), Kallmann (24), Riezler (25), Matthies (26) und Eckstein (27) bekämpft. Die Genannten lehren, daß die Begriffe der Gerichtsbarkeit und der internationalen Zuständigkeit voneinander zu trennen sind. Pagenstecher unterscheidet a) Gerichtsbarkeit, b) internationale Zuständigkeit, c) Zulässigkeit des Rechtswegs und d) örtliche und sachliche Zuständigkeit (28). Nach seiner Meinung, welcher sich das Reichsgericht in seiner späteren Rechtsprechung angeschlossen hat (29), ist die Gerichtsbarkeit eine selbständige Prozeßvoraussetzung.

Dieser Ansicht ist beizutreten. Die Gerichtsbarkeit ist die *facultas jurisdictionis* oder *pouvoir judiciaire* eines Staates (30). Sie ist als Ausfluß oder als Teil der Staatssouveränität aufzufassen. Die Gerichtsbarkeit ist eine staatsrechtliche Erscheinung, nämlich die Staatshoheit in ihrer Bestätigung als Rechtspflege (31). Eckstein (32) bezeichnet sie als "auf die Verwirklichung der Rechtsordnung gerichtete Staatstätigkeit". Die Gerichtsbarkeit ist grundsätzlich immer gegeben. Sie fehlt einem deutschen Gericht nur, wenn sie ihm durch Gesetz (z.B. §§ 18 ff. GVG) oder Wohnheitsrecht entzogen ist (33). Zur Erfüllung der eben genannten Aufgabe, nämlich der Rechtsprechung, bedarf der Staat seiner Gerichte. Hat ein Gericht seine Gerichtsbarkeit bejaht, dann kann es weiter prüfen, ob es zuständig - gegebenenfalls auch, ob es **i n t e r n a - t i o n a l** zuständig - ist. Eines setzt das andere voraus. Schon hieraus ergibt sich, daß die Begriffe der Gerichtsbarkeit und der Zuständigkeit von einander zu trennen sind.

Dies ergibt sich aus einem weiteren Grunde: Wären beide Prozeßvoraussetzungen Teile eines einzigen Begriffs, dann müßte die Nichtbeachtung der Zuständigkeit oder der Gerichtsbarkeit die gleiche Folge haben. Die Folgen sind aber nicht die gleichen. Beachtet ein Gericht das Fehlen der Gerichtsbarkeit nicht (ein Beteiligter ist beispielsweise ein ausländi-

(20) Siehe RG Warn. 1915 Nr.247, JW 1926 S.1337 Nr.2, RGZ 126,196 (199), JW 1936 S.1291 Nr.9, RGZ 150,265 (268). Vergl. auch Weissler, II S.367.

(21) JW 1931 S.150 Nr.6.

(22) Siehe insbesondere S.29.

(23) Siehe insbesondere in RabelsZ XI (1937), S.348 ff.

(24) Siehe insbesondere S.25.

(25) S.202.

(26) Siehe S.27 bis 30.

(27) Siehe insbesondere S.16 ff.

(28) a.a.O. S.342 ff.

(29) RGZ 157,389 (392).

(30) Vergl. Pagenstecher, RabelsZ XI (1937) S.342 ff. und Eckstein S.3 und 4.

(31) Vergl. Nussbaum S.386 ff.

(32) S. 3 und 4.

(33) Vergl. Pagenstecher a.a.O. S.342 ff.

scher Diplomat) und entscheidet es trotz ihres Fehlens zur Sache, dann hat die Entscheidung keinerlei Wirkungen; insbesondere ist sie nicht der Rechtskraft fähig (34) (35). Ein Gericht k a n n somit bei Fehlen der Gerichtsbarkeit keine sachliche Entscheidung treffen. Ist die Gerichtsbarkeit zwar vorhanden, das Gericht jedoch international unzuständig und entscheidet es trotzdem zur Sache, dann ist die Entscheidung zwar fehlerhaft, aber trotzdem gültig und der Rechtskraft fähig (36). Ein Gericht, das international nicht zuständig ist, k a n n zwar sachlich entscheiden, s o l l es aber nicht.

Den obigen Ausführungen ist zu entnehmen, daß die Begriffe der Gerichtsbarkeit und der internationalen Zuständigkeit zu trennen sind. Weiterhin ist ihnen zu entnehmen, daß die Gerichtsbarkeit kein Unterfall der Zuständigkeit ist. Die Gerichtsbarkeit ist somit eine im Gesetz nicht erwähnte selbständige Prozeßvoraussetzung. Dies wird heute allgemein anerkannt (37).

Aus den Begriffen der internationalen Zuständigkeit und Gerichtsbarkeit ist außerdem der Begriff der "Zulässigkeit des Rechtswegs" auszugliedern. Mit dieser Bezeichnung ist die Abgrenzung der Tätigkeit verschiedener staatlicher Behörden, und zwar der ordentlichen Gerichte einerseits und der Verwaltungsbehörden und übrigen Gerichte der anderen Zweige (Verwaltungsgerichte, Sozialgerichte, Arbeitsgerichte und Finanzgerichte) andererseits gemeint. Mit der internationalen Zuständigkeit und der Gerichtsbarkeit hat dieser Begriff nichts zu tun (38).

Josef, Reu und Reichhof muten dem inländischen Richter, der seine internationale Zuständigkeit zu prüfen hat, zu, dabei weitere Untersuchungen anzustellen. Diese Untersuchungen sollen sich nicht nur auf rein prozessuale Fragen beschränken. Sie stellen bereits eine sachliche Prüfung dar; denn auch materielles Recht ist dabei heranzuziehen. Nach Reu umfaßt die Prüfung der von ihm so bezeichneten "staatlichen Zuständigkeit" nicht allein "das Tätigwerdendürfen und -müssen sondern auch die P f l i c h t u n d B e f u g t h e i t z u r V o r n a h m e e i n z e l n e r V e r f a h r e n s h a n d l u n g e n" (39). Reu verlangt somit vom inländischen Richter nicht nur, daß er sein "Tätigwerdendürfen" prüft. Er verlangt, daß der Richter, sobald er sein "Tätigwerdendürfen" bejaht und das von ihm zugrunde zu legende ausländische Recht ermittelt hat, sich nun außerdem fragt, ob er die vom ausländischen Recht vorgeschriebene Verrichtung vornehmen kann. Kann er dies aus Gründen, die mit der Anwendung dieses ausländischen Rechts zusammenhängen und die unten (B II) aufzuzählen und zu erörtern sein werden, nicht, dann fehlt nach Reu die staatliche Zuständigkeit. Derselben Ansicht ist Reichhof (40). Auch er führt aus, die staatliche Zuständigkeit sei nicht gegeben, wenn dem deutschen Gericht die Ausübung einzelner Funktionen nicht gestattet sei, weil der vorliegende Fall zwischenstaatlich gelagert ist. Ebenso weit legt Josef den Begriff der von ihm sogenannten "sachlichen Zuständigkeit" aus (41).

(34) So Pagenstecher a.a.O. S. 344 und Riezler S. 202. Vgl. aber auch Riezler, "Sachl. int. Unzust." S.199 ff., wo er die frühere Auffassung aufgab.

(35) Es soll hier nicht auf die Streitfrage eingegangen werden, ob ein Urteil, das trotz Fehlens der Gerichtsbarkeit ergeht, ein "Nichturteil" oder ein "nichtiges Urteil" ist. Wichtig ist hier nur, daß dieses Urteil keine Wirkungen hat. Vgl. hierzu Stein-Jonas-Schönke, Bem.V c 4 vor § 1.

(36) Pagenstecher a.a.O. S. 344, 345; Riezler S. 202.

(37) Außer den bereits Zitierten seien genannt: Baumbach-Lauterbach, Gr.3 F vor § 253; Schönke, § 45 III 1 c; Rosenberg, § 89 II 1; Nikisch, § 56 II 2; Stein-Jonas-Schönke, Bem. V C vor § 1; BGHZ 8, 378 (379) und 10, 350 (354). Anderer Ansicht neuerdings Riezler in "Sachliche int.Unzust.", S.199, 200.

(38) So auch Pagenstecher, RabelsZ XI (1937) S.345 und Riezler S.213. So auch neuerdings Stein-Jonas-Schönke, Bem.V C vor § 1. Vgl. auch RGZ 63, 236.

(39) S.21.

(40) S.4.

(41) JW 1912, S.1024 ff.

Diesen Ansichten kann nicht zugestimmt werden. Hier werden zwei verschiedene Begriffe vermengt, die von anderen Schriftstellern mit Recht getrennt werden. Zunächst muß der Richter seine Zuständigkeit prüfen; er muß sich fragen, ob seine Behörde - einmal im Verhältnis zu den ausländischen und zum anderen nach der innerstaatlichen Verteilung der einzelnen Aufgabenkreise unter die vorhandenen innerstaatlichen Behörden durch das von ihm anzuwendende Verfahrensrecht - diejenige ist, die befugt ist, sachlich tätig zu werden. Der Richter darf sich grundsätzlich erst dann mit dem Fall sachlich befassen, wenn er diese Zuständigkeit bejaht hat. Die Frage nach der Zuständigkeit ist somit in der Regel eine rein prozessuale, die unabhängig von der Sache zu prüfen ist (42). Hat der Richter diese Frage bejaht, dann muß er sich überlegen, ob wegen der von ihm verlangten Anwendung ausländischen materiellen Rechts ein Hindernis entsteht, aufgrund dessen er, obwohl er "an sich" (43) zuständig ist, die beabsichtigte Verrichtung trotzdem nicht vornehmen darf. Die Gründe hierfür können mannigfaltiger Art sein. Eine Verrichtung kann deswegen nicht zulässig sein, weil eine Vorbehaltsklausel (siehe unten B II 4) oder eine Regel des Völkerrechts (siehe unten B II 5) entgegensteht. Sie kann deswegen unzulässig sein, weil das inländische Verfahrensrecht den deutschen Richter zu der vom ausländischen materiellen Recht verlangten Tätigkeit nicht ermächtigt (siehe unten B II 2). Weiterhin ist es denkbar, daß die Tätigkeit des deutschen Richters vom ausländischen Recht nicht anerkannt wird. In diesem Falle wäre davon auszugehen, daß die von der Sachnorm ausgesprochene Folge gar nicht eingetreten ist (siehe unten B II 3). Alle diese Fragen werden unten erörtert werden und haben mit dem Begriff der Zuständigkeit nichts zu tun. Nur ein zuständiger Richter kann sich mit diesen Fragen befassen, da deren Erörterung sachliche Prüfungen voraussetzen. Kann eine Behörde aus den oben genannten Gründen eine Verrichtung nicht vornehmen, dann nicht, weil sie u n z u s t ä n d i g ist, sondern weil die Tätigkeit u n z u l ä s s i g ist. Auch die Frage, ob ein deutscher Richter der freiwilligen Gerichtsbarkeit eine ausschließliche Zuständigkeit der Behörden desjenigen Staates, dessen Recht er anzuwenden hat, beachten muß, kann grundsätzlich erst nach Bejahen der internationalen Zuständigkeit untersucht werden. Zwar ist sie insofern von den eben angegebenen Beispielen verschieden, als hier ein V e r f a h r e n s r e c h t ein Hindernis bereiten könnte. Dies hat jedoch nicht zu bedeuten, daß die Prüfung dieser Frage deswegen - ebenso wie diejenige nach der internationalen Zuständigkeit - eine rein prozessuale ist. Es ist zu beachten, daß diese Verfahrensnorm eine ausländische ist und daß demnach zuerst das anzuwendende ausländische Recht gefunden werden muß, bevor der deutsche Richter auf diese Frage eingehen kann. Daß die Frage nach dem zugrunde zu legenden ausländischen Recht erst n a c h Bejahen der Zuständigkeit gestellt werden darf, wird in diesem Kapitel unten darzulegen sein. Das Problem, ob eine ausländische ausschließliche Zuständigkeit von einem inländischen Richter zu beachten ist, ist somit ein Teil der gesamten vom inländischen Richter nach Bejahen seiner internationalen Zuständigkeit vorzunehmenden sachlichen Prüfung. Es ist nur dann eine prozes-

(42) Diese Regel ist nicht ohne Ausnahmen. Es gibt Fälle, in denen die Zuständigkeit eines Gerichts von der vorherigen Beantwortung materiellrechtlicher Fragen abhängt. Nach § 29 ZPO (Gerichtsstand des Erfüllungsorts) ist z.B. für das Geltendmachen gewisser sich aus Vertragsverhältnissen ergebender Ansprüche das Gericht des Ortes zuständig, wo die streitige Verpflichtung zu erfüllen ist. An w e l c h e m Ort diese Verpflichtung zu erfüllen ist, kann jedoch nur entweder anhand der vertraglichen Bestimmungen oder - sollten solche fehlen - anhand des sachlichen Rechts festgestellt werden. Das gleiche ist beim Gerichtsstand der unerlaubten Handlung (§ 32 ZPO) und bei den vereinbarten Gerichtsständen der Fall (§§ 38 ff. ZPO; siehe allerdings § 40 ZPO. Hier enthält das Prozeßrecht Hindernisse).

(43) Dieser Ausdruck wird oft gebraucht, um den oben genannten Unterschied klar zu machen. Er wird z.B. vom Kammergericht (SeuffA. 82 Nr.35) und von Kallmann (S.30) benutzt. Dies wird von Reu (S.107) kritisiert. Schlegelberger und das KG in einer anderen Entsch. (DJ 1937, 554) sagen "überhaupt zur Mitwirkung ... befugt", um diesen Unterschied zu kennzeichnen. Vergl. auch Pagenstecher, RabelsZ XI (1937), S.350.

suale Prüfung, wenn eine inländische Zuständigkeitsnorm den deutschen Richter zwingt, beim Prüfen seiner internationalen Zuständigkeit auf diese Frage Rücksicht zu nehmen (z.B. könnte dies durch § 606 III,1 ZPO geschehen).

Daß die inländischen Gerichte ihre internationale Zuständigkeit nur anhand des Verfahrensrechts zu prüfen haben, wurde bereits vielfach anerkannt. So unterscheidet Swoboda (44) zwischen internationaler Zuständigkeit einerseits und "sachlicher Zulässigkeit der einzelnen Verfahrenshandlung" andererseits. Auch Riezler (45) führt aus, mit der internationalen Zuständigkeit als einer prozessualen Frage hätten die Fälle nichts zu tun, in denen eine Zuständigkeit inländischer Gerichte zwar gegeben sei, aber aufgrund einer inländischen materiellen Kollisionsnorm eine nach ausländischem Recht zulässige Rechtsfolge nicht ausgesprochen werden dürfe (46). Derselben Ansicht ist Niemeyer (47). Er unterscheidet die Begriffe der Zuständigkeit und der "Beschränkung der Verrichtungen in Gemäßheit des vom deutschen Gericht zugrunde zu legenden ausländischen Erbrechts" (48). Ähnliche Ausführungen macht Weissler (49). Reichhof (50) hält diese Unterscheidung für unzweckmäßig, da sie nach seiner Ansicht zur Folge hätte, daß die Unsicherheit auf dem Gebiete der internationalen Nachlaßbehandlung ins Uferlose wachsen würde.

Der von Niemeyer benutzte Ausdruck ist zu lang und aus diesem Grunde nicht zu empfehlen. Der Ausdruck "sachliche Zulässigkeit der einzelnen Verfahrenshandlung", den Swoboda verwendet, ist zu eng, da eine Verrichtung aus vielen Verfahrenshandlungen bestehen kann. Dagegen ist die Bezeichnung Zulässigkeit einer Verrichtung zu empfehlen. Sie wird in der vorliegenden Arbeit vor allem deswegen verwendet, weil das Wort "Verrichtung" für die Tätigkeit des Richters der freiwilligen Gerichtsbarkeit auch im Gesetz (siehe §§ 35 und 72 FGG) benutzt wird.

Aus obiger Darstellung ergibt sich, daß auch die Frage, ob deutsches oder ausländisches Recht - und welches ausländische Recht - anzuwenden ist, erst nach Bejahung der internationalen Zuständigkeit untersucht werden kann. Bei allen Fällen mit Beziehungen zum Ausland ist diese Frage der **B e g i n n d e r s a c h l i c h e n P r ü f u n g**. Auch diese Frage kann nur von einem zuständigen Gericht gestellt werden. Die Ansicht, daß die Frage nach der anzuwendenden Sachnorm erst nach Prüfung der internationalen Zuständigkeit gestellt werden darf, wird oft vertreten (51).

Als Ergebnis dieses Kapitels ist folgendes festzuhalten:

- 1) Von dem Begriff der internationalen Zuständigkeit sind diejenigen der Gerichtsbarkeit, der Zulässigkeit des Rechtswegs und der "Zulässigkeit einer Verrichtung" zu trennen.

(44) Siehe insbesondere S. 52.

(45) S. 211.

(46) Siehe jedoch in "Sachliche internationale Unzuständigkeit" S.199 ff., wo Riezler seine Ansicht geändert hat.

(47) Siehe NZ XIII, S.21 ff. Er legt zunächst dar, daß § 73 FGG für die Zuständigkeit der deutschen Nachlaßgerichte seiner Natur nach auch im internationalen Verhältnis exklusive und erschöpfende Geltung beansprucht. Er weist darauf hin, daß die h.L. die deutschen Nachlaßgerichte, wenn diese ausländisches Erbrecht zugrunde zu legen haben, grundsätzlich für unzuständig, jedoch für Sicherungsmaßregeln (nach § 1960 BGB) für zuständig erklärt. Niemeyer sagt, es sei falsch, Gerichte einerseits für zuständig und andererseits für "unzuständig" zu erklären, wenn es sich in beiden Fällen um Verrichtungen der Nachlaßgerichte handle.

(48) a.a.O. S.27.

(49) Bd.II S.367 und 368.

(50) S.47.

(51) Siehe Neumeyer S.442; Swoboda S.18, 22; Ren S.25; KG, OLG 32, 31. Vergl. auch Neuner S.19 und Zitelmann II S.95.

- 2) Nur das inländische Verfahrensrecht bestimmt, welche Behörde zuständig ist. Hat eine Behörde ihre Zuständigkeit bejaht, dann - und nur dann - kann sie mit der sachlichen Prüfung beginnen. Dieser Beginn besteht bei den hier interessierenden Fällen mit internationalem Einschlag darin, nach dem anzuwendenden ausländischen Recht zu suchen. Sollten jetzt Hindernisse entstehen, dann zählen diese zu dem oben erläuterten Begriff der "Zulässigkeit einer Verrichtung".

c) Begriffsbestimmung

Bei der Bestimmung des Inhalts und Umfangs des Begriffs "internationale Zuständigkeit" ist zunächst von dem Wort "Zuständigkeit" auszugehen. Wie den obigen Ausführungen zu entnehmen ist, ist dieser Begriff eng aufzufassen. Dem Staat obliegt u.a. die Aufgabe, Recht zu sprechen. Diese Aufgabe wird durch ein zu diesem Zweck errichtetes Behördensystem erledigt. Da die Pflichten dieses Behördensystems zahlreich und verschiedenartig sind, sind viele Gerichte erforderlich, um diese Pflichten möglichst schnell und reibungslos wahrzunehmen. In einem derartigen System ist es unerlässlich, jeder Behörde durch die von ihr anzuwendenden Verfahrensnormen einen genau abgegrenzten Geschäftsbereich zuzuweisen. Nur Aufgaben, die in diesem Bereich enthalten sind, hat jede Behörde zu erledigen, und nur dafür ist sie "zuständig". Die Zuständigkeitsvorschriften sind somit prozessuale Vorschriften, die auf Zweckmäßigkeitserwägungen beruhen und ein Verteilungsprinzip aufstellen. Nur in diesem Sinn ist das Wort "Zuständigkeit" zu verstehen.

Es wurde bereits oben (B I 1 und B I 1 a) erläutert, daß das Wort "international" vor dem Wort "Zuständigkeit" zu bedeuten hat, daß hier die Zuständigkeit bei denjenigen Fällen zu prüfen ist, die Beziehungen zum Ausland haben. Es wurde gesagt, daß bei diesen Fällen zu fragen ist, ob der Staat nicht vielleicht gerade wegen dieses internationalen Einschlags die deutschen Gerichte für derartige Fälle in ihrer Gesamtheit nicht zur Verfügung stellt. Die internationale Zuständigkeit ist somit dann zu bejahen, wenn den deutschen prozessualen Zuständigkeitsbestimmungen bei einem Fall mit zwischenstaatlichem Einschlag zu entnehmen ist, daß die deutschen Gerichte generell befugt sind, in einem derartigen Fall eine sachliche Entscheidung zu treffen. Der Begriff der internationalen Zuständigkeit wird oft ähnlich definiert (52).

Einige Schriftsteller drücken sich unklar aus, indem sie sagen, die internationale Zuständigkeit liege dann vor, wenn der "Staat als ganzer" zuständig ist (53). Damit wird im wesentlichen dasselbe gemeint sein wie oben: Es ist zu prüfen, ob die Gerichte eines Staates in ihrer Gesamtheit zuständig sind. Nicht der gesamte Staat, sondern nur seine Behörden können zuständig sein.

(52) Pagenstecher (RabelsZ XI, 1937 S.359 und 360) sagt, die internationale Zuständigkeit sei stets dann begründet, wenn (mindestens) ein deutsches Gericht zuständig ist. Kallmann (S.23) formuliert folgendermaßen: "Internationale Zuständigkeit liegt dann vor, wenn die Gerichte eines Staates oder mindestens eines von ihnen zur Entscheidung über eine Streitsache, die Auslandsbeziehungen aufweist, berufen ist". Nach Matthies (S.30) ist die internationale Zuständigkeit die "Regelung der Frage, in welchen Streitsachen mit internationalen Beziehungen die als bestehend vorausgesetzte Gerichtsbarkeit des eigenen Staates ausgeübt werden darf (eigenstaatliche internationale Zuständigkeit)". Vergl. auch Soergel-Kegel, Vorbem. V 1 vor Art.7.

(53) Siehe Neuner S.1; Neumeyer S.442; Riezler S.210 und 219; Swoboda S.22 und 58; vergl. auch Pagenstecher, RabelsZ 1930 S.713 und 714.

d) Die dogmatische Bedeutung der internationalen Zuständigkeit

Oft wird gelehrt, die internationale Zuständigkeit sei nur ein Teil der örtlichen Zuständigkeit und werde mit dieser zusammen geregelt (54). Wiederum behaupten andere, die internationale Zuständigkeit sei als Unterfall der sachlichen Zuständigkeit aufzufassen (55). Diesen Ansichten kann nicht beigetreten werden. Nach der oben (B I 1 c) gegebenen Begriffsbestimmung ist die internationale Zuständigkeit dann gegeben, wenn die deutschen Zuständigkeitsvorschriften bei Fällen mit Beziehungen zum Ausland die deutschen Gerichte generell - trotz der Beziehungen zum Ausland - für befugt erklären, sachlich tätig zu werden. Diese Prüfung hat mit derjenigen der innerstaatlichen Zuständigkeit nichts zu tun. Diese kann erst erfolgen, wenn jene ergeben hat, daß die internationale Zuständigkeit zu bejahen ist (56). Hat ein Richter erkannt, daß die deutschen Gerichte in ihrer Gesamtheit international zuständig sind, dann muß er noch prüfen, ob seine Behörde im Verhältnis zu den übrigen Behörden innerhalb des Staates - also innerstaatlich - zuständig ist. Die Begriffe der internationalen und der innerstaatlichen Zuständigkeit decken sich somit nicht. Die Prüfung der internationalen Zuständigkeit ist die allgemeinere. Fehlt diese Zuständigkeit, dann braucht die interne nicht mehr geprüft zu werden (57); denn mit dem Verneinen der internationalen Zuständigkeit wird gesagt, daß alle deutschen Gerichte nicht zuständig sind. Bei ihrer Prüfung lautet die Fragestellung: "Sind die deutschen Gerichte für diesen Fall mit internationalem Einschlag im Verhältnis zu ausländischen Behörden schlechthin zuständig?". Dagegen muß sich der Richter bei der Prüfung der internen Zuständigkeit fragen: "Bin ich im Verhältnis zu den übrigen innerstaatlichen Gerichten zuständig?". Müssen die beiden genannten Zuständigkeiten getrennt voneinander geprüft werden und kann die Frage, ob ein Gericht intern zuständig ist, erst dann untersucht werden, wenn die internationale Zuständigkeit bereits bejaht ist, dann ergibt sich hieraus, daß beide Begriffe im deutschen Prozeßrecht eine selbständige Stellung haben. Die internationale Zuständigkeit ist somit eine selbständige Prozeßvoraussetzung, was in der Literatur (58) und in der Rechtsprechung (59) neuerdings meist bejaht wird.

2. Wann liegt die internationale Zuständigkeit vor und wie ist sie zu prüfen?

Die Frage, wie ein deutscher Richter zu prüfen hat, ob er international zuständig ist, und welche gesetzlichen Vorschriften er bei dieser Prüfung heranziehen muß, ist in Schrifttum und Rechtsprechung umstritten. Nachdem oben (B I 1) dargelegt wurde, daß der Begriff der Zuständigkeit eng aufzufassen ist und daß der Richter bei ihrer Prüfung grundsätzlich sachli-

-
- (54) Vergl. RG Warn. 1915 Nr. 247; RGZ 126, 199; RGZ 150, 268 (hier wird noch der Begriff der Gerichtsbarkeit in denjenigen der internationalen Zuständigkeit einbezogen). Vgl. Rosenberg S. 135.
(55) Vergl. KG, KGJ 36 A 85, KGJ 41 A 62; OLG Dresden, RJA 13, 216; Raape Art. 14 B II 2 f und Art. 25 G I; Josef in Zentralblatt für Vormundchaftswesen, Bd. 4, S. 213.
(56) Ausnahmsweise braucht die internationale Zuständigkeit dann nicht vor der innerstaatlichen geprüft zu werden, wenn von vornherein erkennbar ist, daß die interne Zuständigkeit nicht gegeben ist (vergl. unten C III 2).
(57) Vergl. Schnitzer II S. 717 und 718; Riezler S. 210.
(58) Siehe Pagenstecher, RabelsZ 1937 S. 458 ff., insbesondere S. 463; Riezler S. 203; Eckstein S. 95 und 96; anscheinend auch Schnitzer II S. 717 und 718 (Er sagt dies zwar nicht ausdrücklich; es kann jedoch aus dem Sinn seiner Ausführungen im ganzen geschlossen werden).
(59) RGZ 157, 389 (392). Leider nimmt der BGH (NJW 1956, 262) hierzu nicht Stellung.

che Untersuchungen auszuschalten hat, muß davon ausgegangen werden, daß zu dieser Prüfung nur prozessuale Vorschriften heranzuziehen sind. Der Ansicht, daß bei der Prüfung der internationalen Zuständigkeit auch materielles Recht (60) zugrunde zu legen ist, kann daher nicht zugestimmt werden. Zuzugeben ist, daß Zuständigkeitsbestimmungen nicht unbedingt in Verfahrensgesetzen enthalten sein müssen. Sie können an jeder beliebigen Stelle - also auch in einem materiellen Gesetz - stehen (61). Es wäre jedoch zweckmäßig, wenn sie ausschließlich in den Verfahrensgesetzen enthalten wären.

Falls keine gesetzliche Vorschrift vorhanden ist, die die internationale Zuständigkeit regelt, wird diese oft aus Erwägungen anderer Art bejaht (62). Es handelt sich meistens um Zweckmäßigkeitserwägungen. Wohl ist zuzugeben, daß jedes Gericht auch diese Gesichtspunkte beachten sollte. Das darf aber nicht zu weit gehen. Ein Richter soll kein neues Recht schaffen - das würde dem Grundsatz der Gewaltentrennung widersprechen (63) -, sondern er soll das Recht erkennen. In den meisten Fällen wird er durch entsprechende Gesetzesauslegung gerecht und zweckmäßig entscheiden können. Er darf aber nie so weit gehen, daß er um der Zweckmäßigkeit willen ein Gesetz verletzt oder eine Entscheidung trifft, die dem Sinn des Gesetzes nicht entspricht. Das kann dann der Fall sein, wenn eine Zuständigkeitsnorm fehlt und der Richter sich gleichwohl für zuständig erklärt.

Zu der Frage, durch welche prozessualen Bestimmungen die internationale Zuständigkeit geregelt wird, werden ebenfalls verschiedene Auffassungen vertreten. Es wurde oben darauf hingewiesen (siehe insbesondere B I 1 d), daß einerseits eine gewisse Verwandtschaft der internationalen zur sachlichen und andererseits eine solche zur örtlichen Zuständigkeit behauptet wird. Beiden Ansichten kann nur teilweise gefolgt werden. Es ist zunächst davon auszugehen, daß in den meisten Staaten - so auch in Deutschland - der Grundsatz des freien Zugangs aller Ausländer zu den inländischen Gerichten herrscht (*libre accès aux tribunaux*) (64). Daß dieser Grundsatz auch dem deutschen Prozeßrecht - und damit auch dem FGG - immanent ist, ist nirgends ausdrücklich ausgesprochen. Dies ergibt sich jedoch aus der Fassung der §§ 36 II, 66 II und 73 II FGG, aus den Normen des Völkergewohnheitsrechts und aus einigen Bestimmungen des Bonner Grundgesetzes, auf welche noch einzugehen sein wird. Die genannten Vorschriften aus dem FGG beginnen mit den Worten "Ist der Mündel ein Deutscher ...", "Ist der Annehmende ein Deutscher ..." und "Ist der Erblasser ein Deutscher ...". Damit wird dermaßen selbstverständlich ausgesprochen, daß die genannten Beteiligten auch Ausländer sein können, daß daraus nur eines geschlossen werden kann: Die inländischen Gerichte der freiwilligen Gerichtsbarkeit sollen den Ausländern ebenso gut wie den Inländern zur Verfügung stehen. Der genannte Grundsatz wird hier besonders wahrnehmbar und hervorgehoben.

(60) Vergl. Raape Art. 14 B II 2 f (er schließt sie aus den Normen des IPR); KG, KGJ 41 A 62. Vergl. die herrschende Meinung zur Frage der internationalen Zuständigkeit deutscher Nachlaßgerichte bei Behandlung von ausländischen Nachlässen, wenn dabei ausländisches Erbrecht zugrunde zu legen ist (siehe in dieser Arbeit unten B II 2).

(61) Siehe z.B. §§ 2358 bis 2360 BGB.

(62) Die internationale Zuständigkeit wird oft bejaht, wenn dem Inland - z.B. in Vormundschaftsangelegenheiten - eine Fürsorgepflicht obliegt: siehe BayObLG, OLG 40, 86, IPRspr. 1926/27 Nr.84, HRR 1934 Nr.326; KG JW 1933, 2065, HRR 1939 Nr.223; RGZ 170, 198; Erman-Marquardt, Art. 19, 8 EG BGB. Der BGH (NJW 1956, 263) behauptet, die internationale Zuständigkeit eines deutschen Gerichts zur Aufhebung einer im Ausland angeordneten Entmündigung eines Deutschen sei zwar in der ZPO nicht ausdrücklich geregelt. Sie ergebe sich jedoch aus der Erwägung, daß die deutschen Gerichte in einem derartigen Falle die Voraussetzungen der Entmündigung erneut selbständig zu prüfen hätten, ohne daß bereits die Entmündigung vonseiten eines deutschen Gerichts vorliege. Zuständig sei danach das Gericht, das gemäß § 648 II ZPO für die (erstmalige) Entmündigung zuständig sein würde. Vergl. hierzu auch Frankenstein I S.444.

(63) Siehe Art. 20 II GG.

(64) Vergl. Riezler S.216.

Selbst wenn man dieser Ansicht nicht zustimmen wollte, kann in anderer Weise nachgewiesen werden, daß die deutschen Gerichte den Ausländern grundsätzlich ebenso offen stehen wie den Inländern: Nach Art. 25 GG sind die allgemeinen Regeln des Völkerrechts Bestandteil des Bundesrechts. Es ist allgemein anerkannt, daß unter diesen "allgemeinen Regeln" die Regeln des Völkergewohnheitsrechts zu verstehen sind, gleichgültig ob sie geschrieben oder ungeschrieben sind (65). Ist eine Norm des Völkergewohnheitsrechts vorhanden, wonach die Ausländer grundsätzlich freien Zugang zu den deutschen Gerichten haben, was noch nachzuweisen sein wird, dann geht diese Regelung "den Gesetzen vor" (Art. 25, 2 GG). Dies bedeutet, daß die Völkerrechtsnorm gegenüber allen innerstaatlichen Gesetzen den Vorrang hat und daß entgegenstehendes innerstaatliches Recht wirkungslos ist (66). Ein derartiger Rechtssatz hat sich in der Tat entwickelt. Voraussetzung dafür, daß ein gewisses Verhalten sich zu einer Norm des Völkergewohnheitsrechts entwickeln kann, ist, daß dieses Verhalten nicht nur eine Sitte darstellt. Es muß vielmehr von der Staatenpraxis ständig als Rechtssatz angewendet und als solcher allgemein anerkannt werden (67). Die Anerkennung braucht keine ausnahmslose zu sein. Es genügt, wenn die allgemeine Mehrheit eine fest ausgeübte Gewohnheit als Rechtssatz anerkennt (68). Diese Voraussetzungen liegen hier vor. Schon in Art. 17 I des Haager Zivilprozeßabkommens vom 17.7.1905 (RGBl. 1909, 409) war niedergelegt worden, daß alle Ausländer freien Zutritt zu jedem Gericht haben sollten. Das gleiche wurde später im Versailler Vertrag vom 28.6.1919 (RGBl. 1919, 687) vereinbart (69). Dieser Grundsatz erschien in der Folgezeit so selbstverständlich, daß er in jeden völkerrechtlichen Vertrag aufgenommen wurde, in welchem Vereinbarungen prozessualer Art getroffen wurden (70). Aus den in Anmerkung (70) aufgezählten Bestimmungen der dort genannten Verträge kann ersehen werden, daß dieser Grundsatz ständig von der Staatenpraxis in völkerrechtlichen Verträgen niedergelegt wurde. Geschieht etwas Derartiges aber fortwährend, dann liegt darin eine allgemeine Anerkennung. Zwar wurde der genannte Grundsatz hier dadurch anerkannt, daß er immer wieder zum Bestandteil völkerrechtlicher Verträge gemacht wurde. Diese Tatsache steht jedoch der Folge, daß damit eine Norm des Völkergewohnheitsrechts entstanden ist, nicht entgegen. Bindendes Völkergewohnheitsrecht kann sich auch aus dem Völkervertragsrecht entwickeln (71).

Der genannte Rechtssatz ist auch in den Art. 6 I und 14 (72) der Europa-

(65) Siehe Wernicke in Bonner Kommentar, Art. 25 II 2; Mangoldt, Art. 25, 2; Mann in SJZ 1950, S. 547.

(66) Wernicke a.a.O., Art. 25 II 4; Mangoldt, Art. 25, 3; Mann a.a.O.

(67) Siehe Verdross S. 108; Sauer S. 55. Vergl. auch in dieser Arbeit unten B II 5 und dortige Zitate.

(68) Wernicke a.a.O., Art. 25 II 2.

(69) Art. 277.

(70) Vergl. Handelsvertrag zwischen Deutschland und Serbien, Kroatien und Slowenien vom 4.2./5.2.1921 (RGBl. 1922 II 106), Art. 9; Handelsabkommen zwischen Deutschland und Frankreich vom 5.8.1926 (RGBl. II 435), Art. 8; Vertrag zwischen Deutschland und den Vereinigten Staaten vom 8.12.1923 (RGBl. 1925 II 795), Art. I Abs. III; Vertrag zwischen Deutschland und der Tschechoslowakei vom 20.1.1922 (RGBl. 1923 II 57), Art. 1; Handelsvertrag zwischen Deutschland und Litauen vom 1.6.1923 (RGBl. 1924 II 205), Art. 3; Vertrag zwischen Deutschland und Italien vom 31.10.1925 (RGBl. II 1021), Art. 4; Vertrag zwischen Deutschland und Japan vom 20.7.1927 (RGBl. II 1088), Art. I, Abs. 1, Ziff. 8; Vertrag zwischen Deutschland und Estland vom 7.12.1928 (RGBl. 1929 II 510), Art. 3 I; Vertrag zwischen Deutschland und Griechenland vom 24.3.1928 (RGBl. II 240), Art. 5; Vertrag zwischen Deutschland und Litauen vom 30.10.1928 (RGBl. 1929 II 104), Art. 4; Vertrag über Rechtsschutz und Rechtshilfe zwischen Deutschland und Österreich vom 21.6.1923 (RGBl. 1924 II 55), Art. 1; Wirtschaftsabkommen zwischen Deutschland und Estland vom 27.6.1923 (RGBl. 1924 II 161), Art. 3; Vertrag zwischen Deutschland und Polen über Rechtsverkehr vom 5.3.1924 (RGBl. 1925 II 139), Art. 1; Niederlassungsabkommen zwischen Deutschland und der UdSSR vom 12.10.1925 (RGBl. 1926 II 6), Art. 10; Erklärung Deutschlands und Frankreichs vom 5.10.1927 (RGBl. II 895); Deutsch-bulgarischer Vertrag über Rechtsverkehr vom 22.12.1926 (RGBl. 1927 II 416), Art. 1; Deutsch-britisches Abkommen über Rechtsverkehr vom 20.3.1928 (RGBl. II 624), Art. 14; Deutsch-litauisches Abkommen über Rechtsverkehr vom 30.10.1928 (RGBl. 1929 II 255), Art. 1; Deutsch-türkisches Abkommen über Rechtsverkehr in Zivil- und Handelssachen vom 28.5.1929 (RGBl. 1930 II 7), Art. 1.

(71) Siehe Wernicke a.a.O., Art. 25 II 2.

(72) Art. 6 I lautet: "Jedermann hat Anspruch darauf, daß seine Sache in billiger Weise öffentlich und innerhalb einer angemessenen Frist gehört wird, und zwar von einem unabhängigen und unparteiischen, auf Gesetz beruhenden Gericht, das über die zivilrechtlichen Ansprüche und Verpflichtungen oder über die Stichhaltigkeit der gegen ihn erhobenen Anklage zu entscheiden hat." Art. 14 lautet: "Der Genuß der in der vorliegenden Konvention festgelegten Rechte und Freiheiten muß ohne Unterschied des Geschlechts, der Rasse, Hautfarbe, Religion, politischen oder sonstigen Anschau-

ratskonvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4.11.1950 enthalten. Da diese Konvention durch Bundesgesetz vom 7.8.1952 (BGBl. 1952 II 685, 953) ratifiziert wurde, sind deutsche Gerichte auch aus diesem Grunde an den genannten Rechtssatz gebunden.

Nachdem festgestellt wurde, daß der Grundsatz des freien Zutritts aller Ausländer zu inländischen Gerichten eine Regel des Völkergewohnheitsrechts ist und damit sogar den deutschen Gesetzen vorgeht, kann es nicht bezweifelt werden, daß in Deutschland lebende Ausländer sich grundsätzlich ebenso an deutsche Gerichte wenden können wie Inländer. Das gleiche ist den Art. 3 I und 19 IV GG zu entnehmen. Wenn Art. 3 I bestimmt, daß "alle Menschen" vor dem Gesetz gleich sind, während es in anderen Grundrechten (z.B. Art. 12 I) und Art. 109 der Weimarer Verfassung, dem Vorgänger des Art. 3 GG in der Weimarer Republik, heißt "alle Deutschen", dann ergibt sich aus dieser Gegenüberstellung, daß Art. 3 GG auch Ausländer schützen will (73). Sind aber alle Menschen vor dem Gesetz gleich, dann bedeutet das, daß die Zuständigkeitsnormen des FGG in derselben Weise bei Ausländern anwendbar sind, wie dies bei Inländern der Fall ist. Weiterhin ergibt sich aus Art. 19 IV GG, daß der Verfassungsgesetzgeber nicht nur den Inländern, sondern auch den Ausländern den Rechtsweg garantieren wollte, da das Wort "jemand" in der genannten Bestimmung auch auf Ausländer hindeutet (74). Diesen Vorschriften des GG ist somit zu entnehmen, daß auch der Bundesverfassungsgesetzgeber davon ausging, daß alle im Inland lebenden Ausländer freien Zugang zu den deutschen Gerichten haben müssen. Da dieser Grundsatz auch in den Grundrechten des GG enthalten ist und die Grundrechte von der Rechtsprechung wie geltendes Recht anzuwenden sind (Art. 1 III GG), kann es nicht mehr zweifelhaft sein, daß der genannte Grundsatz für die deutschen Gerichte bindend ist (75).

Die Auswirkung dieses Grundsatzes kann nur die sein, daß die deutschen prozessualen Zuständigkeitsbestimmungen für Ausländer grundsätzlich dieselbe Geltung haben wie für Inländer. Daraus ist weiter zu folgern, daß die internationale Zuständigkeit stets in den Fällen gegeben ist, in denen die Beteiligten - oder auch nur einer von ihnen - Ausländer sind, und in denen, wären die Beteiligten Inländer, ein deutsches Gericht zuständig wäre. Diese Schlußfolgerung kann dann nicht gezogen werden, wenn die betreffenden Zuständigkeitsnormen die internationale Zuständigkeit gerade dann ausschließen, wenn die Beteiligten Ausländer sind. Daraus folgt, daß aus dem Schweigen der einschlägigen Zuständigkeitsnormen zu schließen ist, daß die internationale Zuständigkeit gegeben ist. Die internationale Zuständigkeit kann hinsichtlich ihres Charakters, ihrer Wirkung und der Art und Weise zu prüfen, ob sie gegeben ist, mit dem Begriff der Gerichtsbarkeit verglichen werden. Ein deutsches Gericht hat grundsätzlich davon auszugehen, daß ihm die Gerichtsbarkeit und damit die Entscheidungsgewalt gegeben ist. Dies ist in den Verfahrensgesetzen nirgends positiv in dieser Weise ausgedrückt. Es ergibt sich aus der Gesamtheit aller Vorschriften, die über die Gerichtsbarkeit bestimmen, daß dieser Begriff vorausgesetzt und lediglich bezüglich seines Umfangs und seiner Grenzen geregelt wird. Die Gerichtsbarkeit ist dem deutschen Richter nur dann entzogen, wenn dies im Gesetz positiv gesagt ist (z.B. §§ 18 ff. GVG), oder wenn sie durch Normen des Völkergewohnheitsrechts ausgeschlossen wird (76). Wie oben dargetan, verhält es sich ebenso bei dem Begriff der

ungen, nationaler oder sozialer Herkunft, Zugehörigkeit zu einer nationalen Minderheit, des Vermögens, der Geburt oder des sonstigen Status gewährleistet werden.

(73) Vergl. Ipsen, S.134, 135. Abweichend Thieme S.67 ff.

(74) Mangoldt, Art. 19,6.

(75) Ein deutsches Gericht kann, falls es entgegen der hier vertretenen Auffassung zu dem Ergebnis gelangen sollte, daß der oben genannte Grundsatz dem FGG nicht immanent ist, wegen des entgegenstehenden Bundesverfassungsrechts und Völkergewohnheitsrechts nicht selbst in der Sache entscheiden. Es muß das Verfahren aussetzen und die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts einholen (siehe Art. 100 I und II GG; §§ 13, Ziff.11 und 12, 80 ff. und 83 BVerfGG).

(76) Siehe auch Art. 25 GG.

internationalen Zuständigkeit. An keiner Stelle in den deutschen Gesetzen wird gesagt, daß es im deutschen Verfahrensrecht neben der örtlichen und sachlichen Zuständigkeit eine weitere allgemeinere Prozeßvoraussetzung, nämlich die internationale Zuständigkeit gibt. Es wird auch nirgends erklärt, was die internationale Zuständigkeit ist. Es ergibt sich wie oben gezeigt, aus der Gesamtheit der über die Zuständigkeit bestimmenden Normen und darüber hinaus aus den Regeln des Völkergewohnheitsrechts und des deutschen Bundesverfassungsrechts, daß das gesamte deutsche Prozeßrecht von dem Grundsatz beherrscht wird, daß jedenfalls die in Deutschland lebenden Ausländer grundsätzlich denselben freien Zugang zu den deutschen Gerichten haben wie Inländer. Es wurde außerdem oben gezeigt, daß dieser Grundsatz im Bereiche der freiwilligen Gerichtsbarkeit in den §§ 36 II, 66 II und 73 II FGG besonders hervorgehoben wird. Ebenso wie die Gerichtsbarkeit wird die internationale Zuständigkeit, wenn die Beteiligten Ausländer sind, vorausgesetzt und bei einigen konkreten Angelegenheiten besonders geregelt und teilweise eingeschränkt (siehe z.B. § 606 III ZPO). Ebenso wie die Gerichtsbarkeit ist die internationale Zuständigkeit einem deutschen Richter, wie ebenfalls nachgewiesen, nur dann entzogen, wenn das Gesetz dies ausspricht (77). Daß das Fehlen dieser Zuständigkeit positiv ausgesprochen werden muß, ist, wenn es sich um einen so fest mit dem deutschen Verfahrensrecht verwachsenen Begriff handelt, erforderlich, um aus dem Verfahrensrecht schließen zu können, daß die internationale Zuständigkeit nicht gegeben ist. Eine weite Auslegung oder ein Analogieschluß würde nicht genügen.

Diese Folgerung, daß die internationale Zuständigkeit stets dann vorliegt, wenn sich aus den inländischen Zuständigkeitsnormen nichts Gegenteiliges ergibt, gilt indessen nur für diejenigen Fälle mit internationalem Einschlag, in denen die Beteiligten Ausländer sind. Es sind demgegenüber auch Fälle denkbar, die ebenfalls internationalen Charakter haben, in denen die Beteiligten jedoch Deutsche sind (z.B.: eine der Parteien hat ihren Wohnsitz im Ausland). Diese Fälle werden in der vorliegenden Arbeit nicht behandelt, weil die gesamte hier zu behandelnde Problematik anhand dieser Fälle nicht bearbeitet werden könnte. Da unser IPR vom Personalitätsprinzip ausgeht, ist bei Behandlung dieser Fälle meistens deutsches Recht (78) anzuwenden. Hier interessieren jedoch nur die Fälle, bei deren Entscheidung ausländisches Recht zugrunde zu legen ist. Außerdem enthält die Frage nach der internationalen Zuständigkeit in diesen Fällen keine Probleme, da das deutsche Verfahrensrecht so gefaßt ist, daß für deutsche Staatsangehörige stets ein zuständiges Gericht vorhanden ist (vergl. § 606 I, 2 ZPO; §§ 36 II, 2, 66 II, 2 und 73 II, 2 FGG). Die weiteren Ausführungen - insbesondere diejenigen, die darlegen, wie ein deutscher Richter seine internationale Zuständigkeit zu prüfen hat - gelten somit nur für diejenigen Fälle mit internationalem Charakter, in welchen die Beteiligten Ausländer sind.

Bevor erörtert werden kann, wie der inländische Richter zu untersuchen hat, ob er international zuständig ist, ist auszuführen, ob die §§ 36 II, 66 II und 73 II FGG nur die interne oder auch die internationale Zuständigkeit regeln. Wenn oben dargelegt wurde, daß die internationale Zuständigkeit grundsätzlich vorliegt und nur dann nicht gegeben ist, wenn sich dies aus dem Wortlaut einer deutschen Verfahrensnorm ergibt, dann ist damit bereits gesagt, daß die genannten Vorschriften nicht nur die örtliche,

(77) Anderer Ansicht ist Niemeyer (NZ XIII, S.23 und 24). Er führt aus, im allgemeinen seien unsere Gesetzesvorschriften so zu verstehen, daß ihre Tragweite in internationalrechtlicher Beziehung dahingestellt bleibt, so daß aus der vorbehaltlosen Fassung einer Vorschrift keineswegs ohne weiteres entnommen werden dürfe, daß sie auch für international gelagerte Fälle eingreifen will.

(78) Ausnahmsweise kann ausländisches Recht zugrunde zu legen sein (siehe z.B. Art.24 II EG BGB).

internationalen Zuständigkeit. An keiner Stelle in den deutschen Gesetzen wird gesagt, daß es im deutschen Verfahrensrecht neben der örtlichen und sachlichen Zuständigkeit eine weitere allgemeinere Prozeßvoraussetzung, nämlich die internationale Zuständigkeit gibt. Es wird auch nirgends erklärt, was die internationale Zuständigkeit ist. Es ergibt sich wie oben gezeigt, aus der Gesamtheit der über die Zuständigkeit bestimmenden Normen und darüber hinaus aus den Regeln des Völkergewohnheitsrechts und des deutschen Bundesverfassungsrechts, daß das gesamte deutsche Prozeßrecht von dem Grundsatz beherrscht wird, daß jedenfalls die in Deutschland lebenden Ausländer grundsätzlich denselben freien Zugang zu den deutschen Gerichten haben wie Inländer. Es wurde außerdem oben gezeigt, daß dieser Grundsatz im Bereiche der freiwilligen Gerichtsbarkeit in den §§ 36 II, 66 II und 73 II FGG besonders hervorgehoben wird. Ebenso wie die Gerichtsbarkeit wird die internationale Zuständigkeit, wenn die Beteiligten Ausländer sind, vorausgesetzt und bei einigen konkreten Angelegenheiten besonders geregelt und teilweise eingeschränkt (siehe z.B. § 606 III ZPO). Ebenso wie die Gerichtsbarkeit ist die internationale Zuständigkeit einem deutschen Richter, wie ebenfalls nachgewiesen, nur dann entzogen, wenn das Gesetz dies ausspricht (77). Daß das Fehlen dieser Zuständigkeit positiv ausgesprochen werden muß, ist, wenn es sich um einen so fest mit dem deutschen Verfahrensrecht verwachsenen Begriff handelt, erforderlich, um aus dem Verfahrensrecht schließen zu können, daß die internationale Zuständigkeit nicht gegeben ist. Eine weite Auslegung oder ein Analogieschluß würde nicht genügen.

Diese Folgerung, daß die internationale Zuständigkeit stets dann vorliegt, wenn sich aus den inländischen Zuständigkeitsnormen nichts Gegenteiliges ergibt, gilt indessen nur für diejenigen Fälle mit internationalem Einschlag, in denen die Beteiligten Ausländer sind. Es sind demgegenüber auch Fälle denkbar, die ebenfalls internationalen Charakter haben, in denen die Beteiligten jedoch Deutsche sind (z.B.: eine der Parteien hat ihren Wohnsitz im Ausland). Diese Fälle werden in der vorliegenden Arbeit nicht behandelt, weil die gesamte hier zu behandelnde Problematik anhand dieser Fälle nicht bearbeitet werden könnte. Da unser IPR vom Personalitätsprinzip ausgeht, ist bei Behandlung dieser Fälle meistens deutsches Recht (78) anzuwenden. Hier interessieren jedoch nur die Fälle, bei deren Entscheidung ausländisches Recht zugrunde zu legen ist. Außerdem enthält die Frage nach der internationalen Zuständigkeit in diesen Fällen keine Probleme, da das deutsche Verfahrensrecht so gefaßt ist, daß für deutsche Staatsangehörige stets ein zuständiges Gericht vorhanden ist (vergl. § 606 I, 2 ZPO; §§ 36 II, 2, 66 II, 2 und 73 II, 2 FGG). Die weiteren Ausführungen - insbesondere diejenigen, die darlegen, wie ein deutscher Richter seine internationale Zuständigkeit zu prüfen hat - gelten somit nur für diejenigen Fälle mit internationalem Charakter, in welchen die Beteiligten Ausländer sind.

Bevor erörtert werden kann, wie der inländische Richter zu untersuchen hat, ob er international zuständig ist, ist auszuführen, ob die §§ 36 II, 66 II und 73 II FGG nur die interne oder auch die internationale Zuständigkeit regeln. Wenn oben dargelegt wurde, daß die internationale Zuständigkeit grundsätzlich vorliegt und nur dann nicht gegeben ist, wenn sich dies aus dem Wortlaut einer deutschen Verfahrensnorm ergibt, dann ist damit bereits gesagt, daß die genannten Vorschriften nicht nur die örtliche,

(77) Anderer Ansicht ist Niemeyer (NZ XIII, S. 23 und 24). Er führt aus, im allgemeinen seien unsere Gesetzesvorschriften so zu verstehen, daß ihre Tragweite in internationalrechtlicher Beziehung dahingestellt bleibt, so daß aus der vorbehaltlosen Fassung einer Vorschrift keineswegs ohne weiteres entnommen werden dürfe, daß sie auch für international gelagerte Fälle eingreifen will.

(78) Ausnahmsweise kann ausländisches Recht zugrunde zu legen sein (siehe z.B. Art. 24 II EG BGB).

sondern auch zugleich die internationale Zuständigkeit der deutschen Gerichte regeln (79). Das Fehlen der internationalen Zuständigkeit könnte jedoch auch durch die Vorschriften ausgesprochen werden, die die sachliche Zuständigkeit regeln. Es bleibt der Gesetzgebungstechnik des Staates vorbehalten zu entscheiden, an welcher Stelle er die - grundsätzlich vorhandene - internationale Zuständigkeit beschränkt. Genau so wie er das Vorliegen einer internationalen vom Vorliegen einer örtlichen Zuständigkeit abhängig machen kann, wäre es denkbar, daß er mit dem Ablehnen einer sachlichen zugleich auch die internationale Zuständigkeit ausschließen will. Es wäre beispielsweise denkbar, daß der Gesetzgeber dem § 35 FGG, der die sachliche Zuständigkeit für die dem Vormundschaftsgericht obliegenden Verrichtungen regelt, einen zweiten Absatz hinzufügt, welcher lautet: "Dies gilt nicht, falls aufgrund einer Kollisionsnorm ausländisches Recht anzuwenden ist". Damit wäre ausgedrückt, daß alle deutschen Amtsgerichte für Vormundschaftsangelegenheiten international unzuständig sind. Es ist also abzulehnen, wenn die oben Zitierten entweder die Vorschriften über die örtliche oder diejenige über die sachliche Zuständigkeit heranziehen, um zu prüfen, ob die internationale Zuständigkeit gegeben ist. **B e i d e** Gruppen sind zu beachten, da beide Einschränkungen machen können. Denjenigen Auffassungen, die eine gewisse Verwandtschaft der internationalen zur örtlichen Zuständigkeit behauptet haben, ist allerdings zuzugeben, daß im deutschen Verfahrensrecht, wie die oben genannten §§ 36 II, 66 II und 73 II FGG zeigen, die internationale Zuständigkeit der Sache nach nur zusammen mit der örtlichen Zuständigkeit besonders erwähnt und geregelt wird.

Es wurde oben gesagt, daß die Prozeßvoraussetzung der internationalen Zuständigkeit grundsätzlich gegeben, jedoch einschränkbar ist. So sind z.B. die deutschen Amtsgerichte für die Bestätigung einer Adoption international zuständig, wenn der Annehmende ein Ausländer ist (arg. §§ 65 und 66 FGG) (80). Sie sind nicht nur deswegen international zuständig, weil der Fassung und dem Wortlaut des § 66 II FGG zu entnehmen ist, daß diese Bestimmung auch dann anzuwenden ist, wenn der Annehmende Ausländer ist. Dies ist nur eine Hervorhebung des oben beschriebenen Grundsatzes. Die internationale Zuständigkeit ist vor allem deswegen gegeben, weil den §§ 65 und 66 **n i c h t** zu entnehmen ist, daß die deutschen Gerichte dann nicht zur Verfügung gestellt werden, wenn der Annehmende Ausländer ist. Dieses Ergebnis wäre dasselbe, wenn es den Absatz II des § 66 FGG nicht geben würde. Daß es ihn gibt, beweist um so mehr, daß die internationale Zuständigkeit hier vorliegt. Diese Bestimmung ist als Bestätigung und daher mittelbar als Regelung der internationalen Zuständigkeit aufzufassen (81). Würde diese Vorschrift jedoch bestimmen, daß § 66 I dann nicht anwendbar ist, wenn der Annehmende Ausländer ist, dann wäre damit die internationale Zuständigkeit ausgeschlossen. In diesem Falle würde § 66 II FGG die internationale Zuständigkeit unmittelbar regeln. Es ist somit dem Sinn und Zweck jeder einzelnen deutschen Zuständigkeitsnorm zu entnehmen, ob sie nur die innerstaatliche, oder ob sie darüber hinaus die internationale Zuständigkeit regeln will. Regelt sie nur die innerstaatliche, ohne die internationale Zuständigkeit zu erwähnen, dann ergibt sich aus diesem Schweigen, daß diese nicht eingeschränkt, sondern vorhanden ist. Wird die internationale Zuständigkeit aber eingeschränkt und ist sie somit in einem konkreten Fall zu verneinen, dann sind durch diese Verneinung die deutschen Gerichte in ihrer Gesamtheit nicht zuständig.

(79) So im Ergebnis auch Soergel-Kegel, Vorbem. V, 2 vor Art. 7.

(80) Siehe unten B I 3 b, wo das Vorliegen der internationalen Zuständigkeit anhand eines Beispiels aus den §§ 65 und 66 FGG geprüft wird.

(81) Ähnlich Eckstein (S.94), welche ausführt, die internationale Zuständigkeit werde "mittelbar" durch die Vorschriften über die örtliche Zuständigkeit geregelt.

Damit entsteht die Frage, ob umgekehrt mit der Verneinung einer innerstaatlichen zugleich auch die internationale Zuständigkeit ausgeschlossen wird. Dies kann nicht generell beantwortet werden. Es kommt, wie bereits gesagt, auf den Sinn und Zweck der betreffenden prozessualen Bestimmung an, die das Gericht für örtlich oder sachlich unzuständig erklärt. Denkbar ist, daß sie auch die internationale Zuständigkeit ausschließen will. Denkbar ist aber auch, daß sie nur die interne Zuständigkeit regeln will. In diesem Falle würde die internationale Zuständigkeit davon nicht betroffen. Der genannte § 66 II FGG ist, wie bereits dargetan, eine Vorschrift, die neben der Regelung der örtlichen zugleich mittelbar eine Regelung der internationalen Zuständigkeit enthält (82).

Bei der Prüfung seiner internationalen Zuständigkeit hat ein deutscher Richter folgendermaßen vorzugehen: Falls keine spezielle Vorschrift vorhanden ist, die der Sache nach die internationale Zuständigkeit regelt (z.B. §§ 23 und 606 ZPO), sucht er die Zuständigkeitsnormen, welche seine innerstaatliche Zuständigkeit bestimmen. Erklären diese Normen die deutschen Gerichte ungeachtet des internationalen Charakters des Falles, der entschieden werden soll, für zuständig und enthalten sie deswegen keinerlei Einschränkung, dann ist damit gesagt, daß der Grundsatz, wonach alle Ausländer denselben Zugang zu inländischen Gerichten haben wie Inländer, auch hier zu gelten hat. In diesem Fall ist der Richter international zuständig. Wird in den genannten prozessualen Normen jedoch positiv gesagt, daß die deutschen Gerichte generell nicht zur Verfügung gestellt werden, wenn die Beteiligten Ausländer sind, dann wird damit die internationale Zuständigkeit ausgeschlossen.

3. Zwei Beispiele

Zur Erläuterung obiger Ausführungen ist anhand zweier konkreter Beispiele zu zeigen, wie ein deutscher Richter seine internationale Zuständigkeit zu prüfen hat. Es wird nur diese Frage zu untersuchen sein. Die weiteren Schwierigkeiten, die mit der internationalen Zuständigkeit nichts zu tun haben, werden unten (B II) zu erörtern sein, wo auf diese Beispiele nochmals verwiesen werden wird.

- a) Ein Ausländer, der seinen Wohnsitz in Deutschland hat, stirbt hier und wird von seinem Sohn beerbt. Der Sohn hat dieselbe Staatsangehörigkeit und denselben Wohnsitz wie sein verstorbener Vater. Das gesamte Vermögen des Erblassers befindet sich in Deutschland. Der Sohn nimmt die Erbschaft an und beantragt die Erteilung eines Vollerbscheins. Sind die deutschen Gerichte international zuständig?

Da eine Spezialvorschrift nicht vorhanden ist, ist von den §§ 72 und 73 FGG auszugehen, die die innerstaatliche Zuständigkeit der Nachlaßgerichte regeln. Auf dem Gebiete der internationalen Nachlaßbehandlung behauptet die herrschende Meinung, daß ein deutsches Nachlaßgericht nur dann einen Vollerbschein im Sinne des § 2353 BGB erteilen darf,

(82) Im Ergebnis ist diese Unterscheidung für die Praxis ohne Bedeutung. Ein Richter, der feststellt, daß er - gleichgültig ob international oder innerstaatlich - unzuständig ist, wird in beiden Fällen einen Antrag auf Vornahme einer Verrichtung als unzulässig ablehnen. Die internationale Zuständigkeit nützt somit nichts, wenn die innerstaatliche fehlt. Dies zeigt, daß der Vorschlag Schnitzers (Bd. II S. 719), die interne Zuständigkeit vorab zu prüfen, berechtigt ist (siehe auch unten B III 2). Auch Matthias (siehe S. 50, 51) bejaht die Frage, ob es denkbar ist, daß ein Gericht zwar international, aber nicht innerstaatlich zuständig ist. Nach seiner Ansicht wäre das eine Gesetzeslücke.

wenn deutsches materielles Erbrecht zugrunde zu legen ist (83). Nach dieser Ansicht sollen die deutschen Nachlaßgerichte international unzuständig sein. Es wird behauptet, § 73 FGG regle ausschließlich die örtliche Zuständigkeit (84). Diese Bestimmung setze die Bejahung der Frage, ob deutsche Gerichte überhaupt zur Mitwirkung bei der Regelung der erbrechtlichen Verhältnisse von Ausländern befugt und verpflichtet sind, für den Einzelfall voraus. Die Antwort auf diese Vorfrage sei nicht dem FGG, sondern dem jeweils maßgebenden Erbstatut zu entnehmen.

Dieser Ansicht kann nicht beigetreten werden. Wohl ist zuzugeben, daß die Frage nach der örtlichen von derjenigen nach der internationalen Zuständigkeit zu trennen ist. Weiterhin ist richtig, daß zunächst zu prüfen ist, ob die deutschen Gerichte international für diese Verrichtung zuständig sind. Erst danach kann untersucht werden, welches Gericht innerstaatlich zuständig ist. Dies wurde oben (B I 1 c und 2) bereits dargelegt. Der herrschenden Meinung kann jedoch im übrigen nicht gefolgt werden. Sie irrt sich, wenn sie annimmt, § 73 regle nur die interne Zuständigkeit. Es wurde oben (B I 2) ausgeführt, daß die internationale Zuständigkeit immer vorliegt, wenn die Beteiligten Ausländer sind und sich wegen dieser Tatsache aus den deutschen Zuständigkeitsnormen nichts Gegenteiliges ergibt. Das ist hier der Fall. Gerade der Beginn des § 73 II ("Ist der Erblasser ein Deutscher ...") zeigt, daß § 73 FGG für die Bestimmung der Zuständigkeit auch dann maßgebend ist, wenn der Erblasser Ausländer war. Es wurde oben (B I 2) ausgeführt und gezeigt, daß § 73 FGG nicht nur die örtliche Zuständigkeit, sondern mittelbar auch die internationale Zuständigkeit der deutschen Nachlaßgerichte regelt. Durch die genannte Wortfassung wird ausgesprochen, daß der Grundsatz des freien Zugangs aller Ausländer zu deutschen Gerichten auch in Nachlaßangelegenheiten gelten soll. Nur § 73 III enthält eine Einschränkung der internationalen Zuständigkeit. Diese wird verneint, wenn der Erblasser Ausländer war, zur Zeit des Erbfalls im Inland weder Wohnsitz noch Aufenthalt hatte und ein Erbe die Erteilung eines Vollerbscheins beantragt. In diesem Falle sind die deutschen Nachlaßgerichte nur für die Erteilung eines gegenständlich beschränkten Erbscheins zuständig, falls sich Vermögensgegenstände im Inland befinden. Der herrschenden Meinung kann daher insoweit nicht beigetreten werden, als sie behauptet, § 73 FGG regle nur die innerstaatliche örtliche Zuständigkeit.

Der h.L. muß auch insofern widersprochen werden, als sie zur Bestimmung der internationalen Zuständigkeit das jeweils anzuwendende materielle Recht heranziehen will und erklärt, deutsche Gerichte seien für die Behandlung von Ausländernachlässen nur dann zuständig, wenn deutsches Erbrecht anzuwenden ist. Gewiß ist der Fall denkbar, daß deutsches materielles Recht zugrunde zu legen ist, obwohl der Erblasser Ausländer war; denn eine vom ausländischen Recht ausgesprochene Rückverweisung auf deutsches Recht ist vom deutschen Richter zu beachten (Art. 27 EG BGB). Aus dieser Tatsache allein, daß die Möglichkeit besteht, deutsches Recht anzuwenden, obwohl es sich um einen ausländischen Nachlaß handelt, kann jedoch nicht geschlossen werden, daß die

(83) Vergl. KG in KGJ 25,241, 36 A 84, 36,102, 41,62, RJA 17,53, DJ 1937,554, JR 1954,265; OLG Dresden, OLG 30,177; OLG Karlsruhe, JFG 8,116; OLG Hamm, NJW 1954,1731; Schlegelberger § 73 II 1; Raape Art. 25 G; Reu S.87; Josef JW 1912, S.1026; Rausnitz § 73 Anm.3; Dörner § 73,7; Weissler II S.374; Frankenstein IV S.617 und 618; Nussbaum S.368; Wellstein S.205 und 206; Schwider-Ehard § 73,2; Planck Art. 25,3; Habicht-Greif Art.25 VI,2 und 3; Palandt, Art. 25 EG BGB; Keidel § 73,3; v.d.Pfordten S.10; Asch, JW 1925, 1601 ff.
Anderer Ansicht: Niemeyer, NZ XIII S.21 ff. (32); Walker S.886 ff.; Haidlen-Mayer § 2369,16; Swoboda S.27,52; Lewald S.335 und 336; Reichhof S.76. Vergl. auch OLG Dresden in OLG 14,153.

(84) Vergl. hierzu insbesondere OLG Dresden in OLG 14,153.

inländischen Nachlaßgerichte nur in diesem Fall zuständig sein sollen. Die h.L. erkennt den Sinn des § 73 FGG, wenn sie dies lehrt. § 73 wäre in diesem Fall nur als Verfahrensvorschrift zur Durchführung des materiellen deutschen Erbrechts anzusehen. Die weitere Folge dieser Auffassung wäre die, daß die Normen des EG BGB, soweit sie das internationale Privatrecht regeln und der Bereich der freiwilligen Gerichtsbarkeit betroffen wird, kaum Bedeutung hätten. Die dort geforderte Anwendung fremden Rechts wäre in vielen Fällen im Inland nicht durchführbar, weil kein dazu gehöriges Verfahrensrecht vorhanden wäre. Das wäre eine bewußte Rechtsverweigerung.

Die Ansicht der h.L. ist auch deswegen irrig, weil die Frage nach dem anzuwendenden Sachrecht mit der Frage nach der Zuständigkeit grundsätzlich nichts zu tun hat. Es wurde bereits oben (B I 1 b) darauf hingewiesen, daß die Zuständigkeit in der Regel nur anhand prozessualer Bestimmungen zu prüfen ist (85) und daß eine sachliche Prüfung nur von einem solchen Gericht vorgenommen werden kann, das zuvor seine Zuständigkeit bejaht hat. Die Frage nach dem anzuwendenden Recht ist bereits der Beginn der sachlichen Prüfung. Diese Frage darf nur ein international und innerstaatlich zuständiger Richter stellen. Daß diese Fragen zu unterscheiden sind, wurde bereits oben (B I 1 b) dargelegt, so daß auf die obigen Ausführungen verwiesen werden kann.

Im vorliegenden Beispiel hat der Richter somit folgendes zu tun: Er hat davon auszugehen, daß die deutschen Nachlaßgerichte grundsätzlich den Beteiligten auch dann zur Verfügung stehen, wenn der Erblasser Ausländer war. Er prüft den Inhalt, Sinn und Zweck der in diesem Falle einschlägigen §§ 72 und 73 FGG. Aus dem Sinn und Zweck dieser Vorschriften ist nicht zu erkennen, daß die grundsätzlich zu bejahende internationale Zuständigkeit in diesem Fall ausgeschlossen sein soll. Das Gegenteil ergibt sich aus § 73 II FGG. Die einzige Einschränkung der internationalen Zuständigkeit, die § 73 III FGG ausspricht, betrifft vorliegenden Fall nicht, da der Erblasser seinen Wohnsitz im Inland hatte. Da somit keine Anhaltspunkte dafür bestehen, daß die genannten Bestimmungen hier die internationale Zuständigkeit ausschließen, ist diese gegeben. Nun hat der Richter weiter zu prüfen, ob er örtlich und sachlich zuständig ist. Ist auch dies zu bejahen, dann ist er befugt, sich sachlich mit dem Fall zu befassen. Er wird sich jetzt fragen, welches Sachrecht anzuwenden ist. In der Regel wird der Richter auf Schwierigkeiten stoßen, wenn er dieses ausländische Recht gefunden hat und in der Weise tätig werden will, wie es dort von ihm verlangt wird. Diese nach Bejahen der Zuständigkeit auftretenden Hindernisse werden unten (B II) zu erörtern sein.

Oben gemachten Ausführungen ist zu entnehmen, daß die deutschen Gerichte, falls die Voraussetzungen der §§ 72 und 73 FGG erfüllt sind und nicht gerade die in § 73 III genannte Ausnahme vorliegt, für die oben genannte Verrichtung international zuständig sind. Sie sind somit befugt, anhand der zugrunde zu legenden Sachnorm zu prüfen, ob ein Vollerbschein erteilt werden darf oder nicht.

- b) Ein Ausländer, der seinen Wohnsitz in Deutschland hat, möchte ein Kind adoptieren. Die Bestätigung der Adoption soll durch ein deutsches Gericht erfolgen. Hier gilt alles oben (B I 3 a) Ausgeführte entsprechend. Die Normen, die der Richter zur Prüfung seiner internationalen Zuständigkeit heranzuziehen hat, sind die §§ 65 und 66 FGG. Diese spre-

(85) Siehe aber oben (B I 1 b), wo darauf hingewiesen wurde, daß es Fälle gibt, in denen die Zuständigkeit eines Gerichts von der vorherigen Beantwortung materiellrechtlicher Fragen abhängt.

ehen keine Einschränkung der grundsätzlich zu bejahenden internationalen Zuständigkeit aus. Sie ist somit gegeben. Der Richter hat jetzt zu untersuchen, ob er örtlich und sachlich zuständig ist. Im Gegensatz zur oben genannten herrschenden Auffassung im internationalen Erbrecht bejaht hier die h.L. die internationale Zuständigkeit (86). Das Kammergericht war jedoch der Ansicht, ein deutsches Amtsgericht dürfe keine Adoption nach ausländischem Recht bestätigen, wenn dieses vom Richter fordert, mehr Tatsachen nachzuprüfen, als § 1754 II 1 BGB a.F. es verlangte. Diese Frage hat jedoch mit der Prüfung der internationalen Zuständigkeit nichts zu tun; sie gehört bereits zur sachlichen Prüfung und wird daher unten (siehe B II 7) zu erörtern sein. Die deutschen Gerichte sind somit auch für die Bestätigung einer Adoption nach ausländischem Recht international zuständig.

II. Die Zulässigkeit einer Verrichtung

1. Einleitung

Was unter oben genanntem Begriff zu verstehen ist und wie er sich von demjenigen der internationalen Zuständigkeit unterscheidet, wurde im vorigen Kapitel dargelegt. Nachdem erklärt wurde, wie ein Richter seine internationale Zuständigkeit zu prüfen hat, sollen, nachdem er diese bejaht hat, im folgenden Kapitel die Schwierigkeiten gezeigt werden, die jetzt entstehen. Während die Frage nach der internationalen Zuständigkeit eine prozessuale Frage war, die der Richter nur nach den innerstaatlichen Zuständigkeitsvorschriften zu beurteilen hatte, muß er jetzt das von ihm anzuwendende ausländische Recht suchen und sich anschließend mit dieser ihm meistens fremden Materie auseinandersetzen. Die Schwierigkeiten, die jetzt auf dem Gebiete des internationalen Rechts der freiwilligen Gerichtsbarkeit entstehen, sind zahlreich. Sie sollen im folgenden Kapitel aufgezählt und besprochen werden.

2. Können die Verfahrensnormen der deutschen freiwilligen Gerichtsbarkeit mit ausländischem materiellen Recht verbunden werden?

Die deutschen Gerichte müssen das ausländische materielle Recht mit den Mitteln des deutschen Verfahrensrechts anwenden; denn unsere Kollisionsnormen verweisen nur auf ausländisches materielles Recht, nicht aber gleichzeitig auf das dazu gehörige ausländische Verfahrensrecht. Da das ausländische Verfahrensrecht an das dazu gehörige ausländische Sachrecht und das inländische Verfahrensrecht an das dazu gehörige inländische Sachrecht angepaßt ist, wird es oft schwierig sein, diese zusammen gehörenden Materien zu trennen und einem Sachrecht ein anderes Verfahren zu geben, welches für dieses Sachrecht nicht geschaffen wurde. Es ist in sol-

(86) KG, OLG 42, 188, 46, 189, SeuffA. 82, 35, RabelsZ 6, 311, JW 1933, 2066 und 1935, 3482, JW 1936, 53; Le-wald S. 156 ff.; Wahl, RabelsZ X S. 49 ff.; Krönig S. 66 und 67; Beitzke, StAZ 1948, 55; Martin Wolff S. 221; Palandt-Lauterbach Art. 22, 4 c; Erman-Marquardt Art. 22, 4 f; Keidel § 66, 1; Schlegelberger § 66 III; Raape Art. 22 D IV 2 b und Lehrbuch S. 314; Reu S. 175; Frankenstein III S. 16 und IV S. 186, 187; Soergel-Kegel Art. 22 V 1 b.

chen Fällen denkbar, daß das ausländische materielle Recht vom deutschen Richter Tätigkeiten verlangt, zu denen er durch das inländische Verfahrensrecht nicht ermächtigt wird. Handelt es sich um das Gebiet der streitigen Gerichtsbarkeit, dann ist es meistens nicht schwierig, deutsches Verfahrensrecht mit ausländischem materiellen Recht in Verbindung zu bringen. Hier ist zwischen abstrakten und sachrechtsgebundenen Verfahrensnormen zu unterscheiden (87). Die abstrakten (z.B. Ladung, Prozeßvertretung, Vorschriften über Einlassungsfristen, Unterbrechung, Aussetzung) gelten für jeden Prozeß. Es wird in der Regel keine Schwierigkeiten mit sich bringen, mit diesen abstrakten Verfahrensnormen ausländisches Sachrecht anzuwenden. Die sachrechtsgebundenen Prozeßvorschriften sind dagegen für bestimmte Normen des materiellen Rechts geschaffen worden (z.B. Vorschriften über die Aufrechnung im Prozeß (88)). Bei solchen aneinander angepaßten Vorschriften entsteht die Frage, ob sie getrennt werden können. Das ist zu verneinen, wenn sie voneinander losgelöst ihren Sinn verlieren würden (88). Das sind jedoch Ausnahmerecheinungen. Im Bereiche des Zivilprozeßrechts ist im übrigen für fast jeden Anspruch ein Verfahren vorhanden, mit welchem der Anspruch eingeklagt werden kann. Hier ist es daher meistens weniger schwierig, deutsches Verfahrensrecht mit ausländischem Sachrecht in Verbindung zu bringen.

Dies ist im Bereiche der freiwilligen Gerichtsbarkeit anders. Die Normen der freiwilligen Gerichtsbarkeit sind in der Regel eng mit dem inländischen materiellen Recht verflochten und an dieses angepaßt. Dasselbe ist in ausländischen Rechten der Fall. Daraus ergibt sich, daß es für den deutschen Richter schwierig, ja manchmal unmöglich sein wird, mit den Normen des FGG Verrichtungen vorzunehmen, die ihm das zugrunde zu legende ausländische materielle Recht vorschreibt. In diesen Fällen entsteht die Frage, ob die deutschen Gerichte der freiwilligen Gerichtsbarkeit nicht generell jede Tätigkeit mit der Begründung ablehnen sollten, die Normen der deutschen freiwilligen Gerichtsbarkeit seien nicht dazu geschaffen worden, einem ausländischen materiellen Recht als Verfahren zu dienen; diese Normen des FGG könnten nur mit deutschem materiellen Recht in Verbindung gebracht werden. Diese Schlußfolgerung ist schon oft gezogen worden (89). Reichhof stützt seine Ansicht auf folgende Gedankengänge:

- 1) Die inländischen Behörden sind nur zur Vornahme solcher Verrichtungen bestellt und eingerichtet, welche vom inländischen Verfahrensrecht vorgesehen sind. Andere können sie im allgemeinen nicht durchführen.
- 2) Sachrecht und Verfahrensrecht sind in der freiwilligen Gerichtsbarkeit eng verbunden. Es steht nicht wie in der streitigen Gerichtsbarkeit das Sachrecht einem Verfahren gegenüber, welches in allen Formen gleich bleibt, sondern jeder Teil des Sachrechts hat hier sein eigenes Verfahren zu seiner Entwicklung.
- 3) Es wäre daher unmöglich, eine Sachrechtsvorschrift von dem dazu gehörigen Verfahren zu trennen und mit dem Verfahren eines fremden Staates zu verbinden. Das fremde Sachrecht, welches bei uns verwirklicht werden soll, findet überhaupt keine entsprechende Verfahrensunterlage oder doch nur eine sehr schlecht passende. Das fremde Sachrecht wird durch die unnatürliche Verbindung häufig verunstaltet und verbogen; es ist am Schluß nicht mehr das alte Sachrecht. Somit verstößt die inländische Behörde gegen die Vorschriften des inländischen Rechts-

(87) Vergl. Horst Müller, S.249 und 250.

(88) So Horst Müller S.250.

(89) Vergl. Reu S.29 und 30. Siehe auch S.80 sowie in "Anwendung fremden Rechts" S.25; vergl. weiter Raape Art.25 G I und G I 4; Reichhof S.5 und 6; Josef in JW 1912 S.1024 f. Siehe auch die Literatur und Rechtsprechung zum Gebiet der internationalen Nachlaßbehandlung (oben Anm.(82)).

anwendungsrechts (90), wenn sie ausländisches Recht mit dem inländischen Apparat zu verwirklichen sucht.

Reu läßt Ausnahmen von dieser auch von ihm vertretenen Theorie höchstens aus Gründen "dringender inländischer Interessen" oder "aus dem Gebot der zwischenstaatlichen Zusammenarbeit" zu (91). Raape (92) gibt zu bedenken, daß es infolge des engen Zusammenhangs zwischen dem Verfahrensrecht der freiwilligen Gerichtsbarkeit und dem deutschen Sachrecht für die Abwicklung eines dem ausländischen Recht unterliegenden Nachlasses leicht zu "unerwünschten Konflikten" führen würde.

Diesen Ansichten kann nicht beigetreten werden. Es ist zwar richtig, daß die Normen der deutschen freiwilligen Gerichtsbarkeit eng an diejenigen Teile des materiellen Rechts angepaßt sind, für welche sie das dazu gehörige Verfahren regeln sollen. Das darf jedoch nicht dazu führen zu behaupten, die deutschen Gerichte der freiwilligen Gerichtsbarkeit hätten **g e n e r e l l** untätig zu bleiben, wenn sie ausländisches Sachrecht anwenden müssen. Unsere Kollisionsnormen verweisen nur, wie schon gesagt, auf ausländisches materielles Recht. Die inländischen Behörden haben somit stets auch dann deutsches Verfahrensrecht anzuwenden, wenn sie im übrigen eine ausländische Rechtsordnung zugrunde zu legen haben. Das ist die Regel. Die oben Genannten verlangen also, eine Ausnahme von einer Regel zu machen, die der Gesamtheit der Normen des deutschen internationalen Privatrechts immanent ist. Das verstößt gegen diese Regel (93). Darüber hinaus verstoßen die oben Zitierten gegen die tragenden Grundsätze des internationalen Privatrechts, nämlich gegen die Grundsätze der internationalen Rechtsgemeinschaft und der gegenseitigen Anerkennung der Staaten und damit ihrer Rechtsordnungen (94). Die genannten Ansichten sind aber auch sachlich unrichtig. Die Schwierigkeiten, die das internationale Recht der freiwilligen Gerichtsbarkeit in sich birgt, sollen hier nicht verkannt werden. Im zweiten Teil der vorliegenden Arbeit (unten C) wird nachzuweisen sein, daß nur in wenigen Fällen eine Verbindung von deutschem Verfahrensrecht der freiwilligen Gerichtsbarkeit mit ausländischem Sachrecht unmöglich ist. Die oben genannten Grundsätze des internationalen Privatrechts zwingen den inländischen Richter, in jedem Fall nach einer Möglichkeit zu suchen, diese beiden Rechtsgebiete zu verbinden. Würde der Richter jede Tätigkeit schlechthin ablehnen, dann wäre dieses Verhalten als eine aus den Normen und dem Sinn des internationalen Privatrechts nicht zu rechtfertigende Rechtsverweigerung anzusehen. Wohl besteht die Gefahr einer "Verunstaltung" des ausländischen Rechts, wie Reichhof meint. Diese Gefahr besteht jedoch immer, wenn ein Richter ein ihm meistens fremdes ausländisches Recht anzuwenden hat. Sie ist unabwendbar.

Dieser hier abgelehnten Meinung wurde im Ergebnis auch in der Rechtsprechung gefolgt, und zwar insbesondere auf dem Gebiete der internationalen Nachlaßbehandlung. Es wurde oben schon dargelegt (siehe B I 3 a), daß sich die deutschen Nachlaßgerichte meistens für "unzuständig" erklären, wenn sie ausländisches materielles Erbrecht zugrunde zu legen haben. Dieser Ansicht wurde oben entgegengetreten und die internationale Zuständigkeit deutscher Nachlaßgerichte bejaht. Die herrschende Meinung gibt außer den bereits genannten weitere Begründungen, mit welchen sie zu verhindern sucht, daß deutsche Richter die Normen der freiwilligen Gerichtsbarkeit mit ausländischem materiellem Recht verbinden müssen. Es wird Art. 25 mit

(90) Reichhof gebraucht wie auch Reu (S.17) und verschiedene Vorgänger (siehe bei Reu S.17) den Ausdruck "Rechtsanwendungsrecht" statt "internationales Privatrecht".

(91) Siehe S.5 und 6.

(92) Art. 25 G I.

(93) Vergl. Wahl, RabelsZ 1936 S.40 ff..

(94) Vergl. Raape, Lehrbuch S.15.

Art. 213 EG BGB verglichen und behauptet, wenn Art. 213 etwas über "erbrechtliche Verhältnisse" aussage, dann sei damit gleichzeitig das Verfahrensrecht gemeint (95). Was aber für das intertemporale Recht gelte, müsse auch für das zwischenstaatliche Privatrecht gelten. Zwar sei in Art. 25 EG BGB der Ausdruck "erbrechtliche Verhältnisse" nicht gebraucht; er sei aber wohl in demselben Sinne gemeint (96). Art. 25 meine somit auch das Nachlaßverfahren. Die Genannten folgern hieraus, daß ein deutscher Richter überhaupt nicht tätig werden kann, da er kein fremdes Verfahrensrecht anwenden darf. Diese Begründung enthält keine geeigneten Argumente, mit denen die Regeln des internationalen Privatrechts umgangen werden könnten. Einmal ist dagegen zu sagen, daß gerade die Tatsache, daß Art. 25 EG BGB nicht ebenfalls die Bezeichnung "erbrechtliche Verhältnisse" verwendet, darauf schließen läßt, daß die Parallele zu Art. 213 hier offenbar nicht gezogen werden kann. Schon der Wortlaut spricht also gegen die herrschende Meinung. Will man aber ein Gesetz in einem Sinn auslegen, der nicht dem Wortlaut entspricht, dann muß man seine Ansicht gut begründen; denn es spricht in den meisten Fällen die Vermutung dafür, daß der Gesetzgeber einer Norm den Sinn geben wollte, auf den der Wortlaut hindeutet. Gerade das tut die hier abgelehnte Praxis nicht. Sie behauptet nur, und das genügt nicht, um diese Vermutung zu widerlegen. Zum anderen ergibt ein weiterer Vergleich der beiden genannten Artikel in anderer Beziehung, daß die Ansicht der Rechtsprechung nicht haltbar ist. Art. 213 EG BGB bestimmt, daß für die erbrechtlichen Verhältnisse die bisherigen Gesetze maßgebend bleiben, wenn der Erblasser vor dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuchs gestorben ist. Damit ist gesagt, daß diejenige Rechtsordnung zu gelten hat, die zum Zeitpunkt des Todes des Erblassers galt. Zu den "bisherigen Gesetzen" ist daher auch das dazu gehörige Verfahrensrecht zu zählen. Dies bestätigt überdies Art. 213, Satz 2, der bestimmt, daß dies insbesondere auch für die Vorschriften über das erbrechtliche Liquidationsverfahren gilt. Im Gegensatz zu dieser Norm, die nur etwas über die zeitliche Geltung zweier Rechtsordnungen aussagt, steht Art. 25 EG BGB. Er ist eine typische Kollisionsnorm. Er bestimmt, welches materielle Erbrecht anzuwenden ist, wenn ein Ausländer stirbt, der seinen letzten Wohnsitz im Inland hatte. Erklärt er ausländisches Erbrecht für anwendbar, dann kann damit nur materielles Recht gemeint sein; denn das entspricht dem Grundgedanken aller Kollisionsnormen. Würde Art. 25 dieser Regel zuwider etwas anderes wollen, dann müßte das erkennbar sein. Gerade das ist nicht der Fall. Diese Gegenüberstellung zeigt, daß die herrschende Meinung sich zu Unrecht auf Art. 213 EG BGB beruft. Diese Norm ist in dieser Beziehung nicht mit Art. 25 vergleichbar und wird daher zu Unrecht zur Begründung der Ansicht herangezogen, Art. 25 verweise entgegen dem Wortlaut auch auf das ausländische Verfahrensrecht (97).

Schließlich wird noch § 2369 BGB herangezogen, um diese Meinung zu begründen (98). Das Kammergericht geht richtig davon aus, daß die Anwendbarkeit des § 2369 voraussetzt, daß der betreffende Nachlaß nicht dem deutschen,

(95) Siehe RGZ 46,71 und KGJ 25 A 75.

(96) Siehe KG, KGJ 41,62 und OLG Dresden, RJA 13,216.

(97) Niemeyer (NZ XIII S.63), der zu den Bekämpfern der h.L. in dieser Hinsicht gehört, glaubt, daß die Praxis, die ausschließlich der h.L. folgt, sich nur die Arbeit erleichtern will. Niemeyer glaubt, diese Ansicht auf eine bestehende Abneigung gegen die Ermittlung und Anwendung ausländischen Rechts zurückführen zu können. Diese Meinung Niemeyers dürfte richtig sein. Noch ein weiteres Motiv dürfte vorliegen: Die Amtsgerichte und Notariate kleinerer Ortschaften - in Baden sind die Notariate Nachlaßgerichte - haben meistens nicht genügend Literatur, um diese Probleme richtig lösen zu können. Man will ihnen diese Sorge abnehmen.

(98) KG, KGJ 36,102. Es wird überwiegend behauptet, § 2369 BGB sei nur dann anwendbar, wenn ausländisches Erbrecht anzuwenden sei. Siehe hierzu: Schlegelberger § 73 II 1; Planck § 2369, 2a; Palandt-Lauterbach § 2369, 1; Habicht-Greif, Art. 25 VI 3; Bode in DJZ 1905, 1164; KG, KGJ 36,109; OLG Dresden, RJA 13, 216; Raape, Art. 25 G I 6; Josef NZ 16, 278. Anderer Ansicht Niemeyer (NZ XIII S.32), welcher behauptet, es mache keinen Unterschied für § 2369, ob deutsches oder ausländisches materielles Erbrecht maßgebend sei.

sondern dem ausländischen Recht unterliegt (unterliegt er nämlich dem deutschen Recht, dann ist immer ein zuständiges Gericht vorhanden; siehe § 73 II FGG). Es führt weiter aus, es hätte der Vorschrift des § 2369 BGB wohl nie bedurft, wenn ein deutsches Nachlaßgericht den allgemeinen Erbschein des § 2353 BGB erteilen dürfe. Da aber ein deutsches Nachlaßgericht den normalen Erbschein im Sinne des § 2353 BGB offenbar nicht erteilen dürfe, solle § 2369 eingreifen; nur deswegen sei diese Vorschrift geschaffen worden. Auch dieser Ansicht kann nicht gefolgt werden. § 2369 BGB will diese Probleme gar nicht regeln. Diese Bestimmung ist dann anwendbar, wenn der Erblasser Ausländer war und weder Wohnsitz noch Aufenthalt im Inland hatte. In diesem Falle fehlt es an einem zuständigen deutschen Nachlaßgericht. Sollten sich Nachlaßgegenstände im Inland befinden, dann kann die Erteilung eines gegenständlich beschränkten Erbscheins im Sinne des § 2369 BGB verlangt werden. Diese Bestimmung ist als ultima ratio aufzufassen. Sie hat den Sinn, die Einrichtung des Erbscheins für den innerdeutschen Verkehr zu sichern. Auch wenn einem ausländischen Erbrecht die Einrichtung des Erbscheins fremd ist, kann für den Rechtsverkehr in Deutschland ein gegenständlich beschränkter Erbschein erteilt werden, weil unser Recht diesen für die Sicherheit des Verkehrs als so wichtig ansieht, daß es nicht glaubt, ohne ihn auskommen zu können (99). Man würde die Bedeutung dieses § 2369 BGB verkennen, wollte man aus ihm schließen, daß generell deutsche Nachlaßgerichte bei ausländischem Erbstatut nicht tätig werden dürfen. Auch mit diesen Ausführungen kann die h. L. somit das von ihr gewünschte Ergebnis nicht begründen. Der Ansicht, das deutsche Verfahrensrecht der freiwilligen Gerichtsbarkeit könne in keinem Falle mit ausländischem materiellen Recht verbunden werden, kann somit nicht beigetreten werden. Auch hier gelten die obengenannten Grundsätze des internationalen Privatrechts. Immer muß versucht werden, auch wenn es Schwierigkeiten bereiten sollte.

Der deutsche Richter hat, nachdem er seine internationale Zuständigkeit bejaht hat, zu untersuchen, welches ausländische Recht er anzuwenden und welche Verrichtung er nach diesem ausländischen Recht vorzunehmen hat. Er muß jetzt versuchen, die Normen seines Verfahrensrechts - hier FGG - mit den Normen dieses ausländischen Rechts zu verbinden. Das deutsche Verfahrensrecht ist hier in besonderem Maße auf deutsches materielles Recht abgestimmt. Der deutsche Richter muß folglich diese Verfahrensnormen manchmal weiter auslegen als unter normalen Umständen und versuchen, sie an das von ihm anzuwendende ausländische materielle Recht anzupassen. Trotz dieser weiten Auslegung kann es geschehen, daß der Richter die ihm durch das ausländische Recht vorgeschriebene Verrichtung nicht vornehmen kann, weil die Normen des FGG ihn zu einer derartigen Tätigkeit nicht ermächtigen. Wie die im zweiten Teil der vorliegenden Schrift bearbeiteten Beispiele zeigen werden, ist dies jedoch selten der Fall (100).

3. Die Anerkennung der deutschen richterlichen Tätigkeit durch das ausländische materielle Recht

Nachdem nachgewiesen wurde, daß es unrichtig ist zu sagen, im Bereiche des internationalen Rechts der freiwilligen Gerichtsbarkeit müßten die

(99) Siehe zu dieser Frage insbesondere Raape, Art. 25 G I 6 und Reichhof S. 76. Vergl. auch Niemeyer, NZ XIII S. 35 und OLG Colmar in RJA 12, 210.

(100) Siehe unten C II 2, wo gezeigt wird, daß ausnahmsweise ausländisches materielles Recht und deutsches Verfahrensrecht dann nicht verbunden werden können, wenn das zum materiellen Recht gehörende ausländische Verfahrensrecht ein Verfahren vorschreibt, das in Deutschland unbekannt ist.

deutschen Gerichte, wenn sie ausländisches Recht anzuwenden haben, jede Tätigkeit ablehnen, ist somit davon auszugehen, daß der deutsche Richter in jedem Falle zu prüfen hat, ob er die beantragte Verrichtung vornehmen kann oder nicht (101). Er muß das von ihm zugrunde zu legende fremde Recht so auslegen, wie die fremde Rechtslehre und Rechtsprechung es verlangen (102). Er muß also das ausländische Recht daraufhin untersuchen, welche behördlichen Akte es für erforderlich hält, damit die beabsichtigte Rechtsfolge eintritt. Daraus ergibt sich, daß ein inländisches Gericht nur dann tätig werden darf, wenn das maßgebende ausländische Sachrecht sein Eingreifen **verwertet** (103) und **anerkennt** (104). Ist die durch das deutsche Verfahrensrecht vorgeschriebene Verrichtung dem ausländischen Recht unbekannt oder verlangt dieses eine andersartige, die wiederum das deutsche Verfahrensrecht nicht kennt, dann kann ein deutsches Gericht nicht tätig werden. Ebenso hat es untätig zu bleiben, wenn es bei richtiger Auslegung des ausländischen Sachrechts und des dazu gehörigen ausländischen formellen Rechts zu dem Ergebnis kommt, daß die deutsche Verfahrensnorm das deutsche Gericht zwar zu der von der ausländischen Sachnorm verlangten Verrichtung ermächtigt, daß diese Sachnorm jedoch die Tätigkeit der deutschen Behörde gleichwohl als nicht genügend ansieht. In einem derartigen Falle würde das Eingreifen einer deutschen Behörde vom ausländischen materiellen Recht nicht anerkannt oder - anders ausgedrückt - nicht verwertet.

Im zweiten Teil der vorliegenden Arbeit (unten C II 1) wird u.a. geprüft werden, ob ein deutsches Vormundschaftsgericht eine Emanzipationserklärung nach französischem Recht entgegennehmen und beurkunden kann. Dies ist zu bejahen. Die behördliche Tätigkeit, die das französische Recht hier verlangt, ist beurkundender Natur. Sie hat den Sinn, den Vater auf die Bedeutung des genannten Rechtsgeschäfts hinzuweisen und ihn zu einer nochmaligen Überlegung zu veranlassen. Außerdem soll sie gewährleisten, daß die gesetzlichen Voraussetzungen für eine Emanzipation eingehalten werden. Es wird unten dargelegt, daß das französische Recht es anerkennt, wenn die Emanzipationserklärung nicht vom *juge de paix*, sondern von einem deutschen Vormundschaftsgericht entgegengenommen wird. Der deutsche Richter darf folglich diese Erklärung entgegennehmen und beurkunden. Nicht jedoch darf er, wie unten ebenfalls ausgeführt wird, einen unter Vormundschaft stehenden französischen Minderjährigen **ansstellen** des *conseil de famille* emanzipieren. Diese Tätigkeit würde durch das französische Recht nicht anerkannt.

Stößt ein inländisches Gericht auf derartige Hindernisse und kommt es zu dem Ergebnis, daß seine Tätigkeit durch das ausländische Sachrecht nicht anerkannt und daher die erstrebte Rechtsfolge nicht herbeiführen würde, dann ist die beabsichtigte Verrichtung unzulässig.

(101) Vergl. Niemeyer, NZ XIII S.21 ff.; Frankenstein III S.15 ff. und IV S.600 ff.; Swoboda S.27; Josef, NZ XXVIII S.320 ff. und JW 1912 S.1024 ff.; Walker S.886 ff.

(102) Vergl. Raape, Lehrbuch S.120.

(103) Diesen Ausdruck gebraucht Neumeyer, S.442. Er sagt: "Das Privatrecht verwertet ihr Eingreifen (nämlich das der deutschen Behörde der freiwilligen Gerichtsbarkeit) als Tatbestandsmerkmal, und es ist einleuchtend, daß über die Frage, ob ein solches Eingreifen vonnöten und ob das Ergebnis, das die eingreifende Behörde ... beschafft, privatrechtlich verwertbar ist, die privatrechtlich maßgebende Rechtsordnung entscheiden muß". Ähnlich Swoboda; siehe insbesondere S.74, 83, 85, 86 und 87.

(104) So Frankenstein, Bd.III S.15. Er sagt: "Die deutschen Behörden dürfen nur eingreifen, wenn das materiell maßgebende Recht dieses Eingreifen anerkennt." Vergl. auch Niemeyer, NZ XIII, S.48 und 49.

4. Die Vorbehaltsklauseln

Weitere Hindernisse, die dem Richter der freiwilligen Gerichtsbarkeit bei Behandlung von Fällen mit internationalem Charakter entgegen treten können, können durch die sogenannten Vorbehaltsklauseln entstehen. Eine ausländische Rechtsordnung generell für anwendbar zu erklären, ist ein Risiko. Die ausländische Rechtsordnung kann Sachnormen enthalten, deren Anwendung uns widerstrebt oder wichtige Ziele unserer Rechtsordnung durchkreuzt. Folglich sind Einschränkungen zu machen, was durch die Vorbehaltsklauseln geschieht. Die weitaus wichtigste Vorbehaltsklausel ist Art. 30 EG BGB, welche einen Vorbehalt allgemeiner Art macht. Diese Bestimmung verbietet die Anwendung eines ausländischen Gesetzes im Inland dann, wenn diese Anwendung gegen die guten Sitten oder gegen den Zweck eines deutschen Gesetzes verstoßen würde. Art. 30 macht - wie jede andere Vorbehaltsklausel auch - eine Ausnahme von der Regel, wonach grundsätzlich ausländisches Recht anzuwenden ist. Er ist folglich eng auszulegen (105). Das Reichsgericht hält diese Vorschrift nur dann für anwendbar, "wenn der Unterschied zwischen den staatspolitischen oder sozialen Anschauungen, auf welchen dieses (fremde) Recht und auf welchen das konkurrierende deutsche Recht beruht, so erheblich ist, daß die Anwendung des ausländischen Rechts direkt die Grundlagen des deutschen staatlichen oder wirtschaftlichen Lebens angreifen würde" (106). Diese RG-Formel wird teils gebilligt (107) und teils abgelehnt (108).

Neben dieser allgemeinen gibt es besondere Vorbehaltsklauseln, die den allgemeinen Vorbehalt des Art. 30 EG BGB in sich aufnehmen und für spezielle Fälle besondere Regelungen enthalten (109). Die Vorbehaltsklauseln sind in positive und negative Vorbehaltsklauseln einzuteilen. Positiv bedeutet: Befehl, das eigene Recht anzuwenden; negativ: Befehl, das fremde Recht nicht anzuwenden. So ist z.B. der gesamte Art. 16 EG BGB als positiver Vorbehalt aufzufassen, während der bereits genannte Art. 30 einen Vorbehalt negativer Art macht.

Ein deutsches Gericht der freiwilligen Gerichtsbarkeit muß somit, wenn ausländisches Recht anzuwenden ist, bei jeder einzelnen Tätigkeit prüfen, ob die beabsichtigte Verrichtung nicht vielleicht wegen einer solchen Vorbehaltsklausel unzulässig ist.

5. Können die Normen des Völkerrechts ein Hindernis bereiten?

Auch die Regeln des Völkerrechts sind zu beachten. Zuerst müssen etwaige einschlägige Staatsverträge (z.B. einige Haager Abkommen, soweit sie noch in Kraft sind) daraufhin geprüft werden, ob die dort vereinbarten Bestimmungen nicht vielleicht dem Richter verbieten, in der Weise, wie es das von ihm anzuwendende ausländische Recht von ihm verlangt, tätig zu werden. Es wäre beispielsweise denkbar, daß zwei Staaten vereinbaren, daß alle hoheitlichen Akte, durch welche die in diesen Staaten liegenden Grund-

(105) Vergl. RGZ 60,296, 63,19, 73,366, 93,183,106,83; Raape Art. 30 F II und III und Lehrbuch S.88; Frankenstein I S.199.

(106) RGZ 60,296.

(107) Siehe Melchior S.332-343; Gutzwiller S.1577 ff.; Palandt-Lauterbach, Art.30,2.

(108) Siehe Raape, Lehrbuch S.94; Martin Wolff S.64; Soergel-Kegel, Art.30 II 2 b und c; Nussbaum S.65 und 66.

(109) Z.B. Art.7 III und 12 EG BGB. Vergl. Habicht, Art.30 I; Frankenstein I S.217, Anm.173; Raape Art. 30 B I, wo noch einige solcher Bestimmungen aufgezählt sind, die den Charakter einer besonderen Vorbehaltsklausel haben. Vergl. auch Raape, Lehrbuch S.93, wo die §§ 310 und 624 BGB genannt sind.

stücke betroffen werden, nur von den Behörden desjenigen Staates erlassen werden dürfen, auf dessen Gebiet sich die Grundstücke befinden. Sollte kein derartiger Staatsvertrag vorhanden sein oder sollten seine Normen auf den gerade zu entscheidenden Fall aus irgend einem Grunde nicht anwendbar sein, müssen die Regeln des Völkergewohnheitsrechts geprüft werden (110). Art. 25 GG bestimmt, daß die "allgemeinen Regeln des Völkerrechts" Bestandteil des Bundesrechts sind. Es ist allgemein anerkannt, daß unter diesem Begriff "allgemeine Regeln des Völkerrechts" die Normen des Völkergewohnheitsrechts zu verstehen sind (111).

Zunächst ist darzulegen, wie eine derartige Regel des Völkergewohnheitsrechts entsteht. Wie in allen Rechtsgebieten so ist auch im Bereiche des Völkerrechts zwischen einem allgemein anerkannten Gewohnheitsrechtssatz und einer bloßen Sitte zu unterscheiden. Ist aus einem gewissen Verhalten eine oft ausgeübte Sitte entstanden, dann schafft diese Tatsache allein noch kein Recht. Es muß sich vielmehr um eine fest ausgeübte Gewohnheit handeln, die "vom Rechtsgefühl oder Rechtsbewußtsein begleitet wird" (112) und "von der Staatenpraxis als Recht angenommen wurde" (113) (114). Sie muß außerdem ständig und regelmäßig als Rechtssatz angewendet und als solcher allgemein anerkannt sein (115). Als Folge einer Verletzung einer solchen Regel des Völkergewohnheitsrechts entsteht ein Anspruch auf Beseitigung, Wiedergutmachung, Schadensersatz oder dergl. des Verletzten gegen den verletzenden Staat (116).

Es ist fraglich, ob es Regeln des Völkergewohnheitsrechts gibt, die den deutschen Richter auf dem Gebiet des internationalen Rechts der freiwilligen Gerichtsbarkeit in seiner Tätigkeit beschränken und deren Nichtachtung eine Verletzung dieses Völkergewohnheitsrechts darstellen würde. Mit dieser Frage hat sich unter anderen Reu beschäftigt (117). Er nennt folgende Vorschriften, die nach seiner Ansicht die deutschen Gerichte in ihrer Tätigkeit hemmen könnten (118):

- 1) Das Völkerrecht verbietet, daß ein Staat einen förmlichen Staatsakt eines fremden Staates abändert oder aufhebt (119).
- 2) Das Völkerrecht verbietet, daß ein Staat außerhalb seines Staatsgebiets hoheitliche Tätigkeiten vornimmt.

Das deckt sich fast mit den Ausführungen von Verdross (120). Dieser führt aus, der Grundsatz, daß jeder Staat die Gebietshoheit eines anderen zu achten habe, führe dazu, daß keinerlei Amtshandlungen auf dem Gebiete eines anderen Staates ohne dessen Genehmigung vorgenommen werden können. Unter dieses Verbot fallen nach Verdross aber solche Handlungen nicht, die weder Zwangsakte sind, noch auf solche hinzielen (121). Ebenso wenig fallen diejenigen im Ausland gesetzten Handlungen darunter, die ein Staat in Unterordnung unter das ausländische Recht vornimmt (121). Diese Völkerrechtssätze genügen jedoch nicht, um den deutschen Richter der freiwilligen Gerichtsbarkeit in seiner Tätigkeit ernsthaft zu hemmen. Was die

(110) Vergl. Swoboda S.63.

(111) Siehe oben Anm.(65).

(112) Verdross S.108.

(113) Verdross a.a.O.

(114) "Accepted as law"; "accepté comme droit".

(115) Vergl. hierzu Guggenheim I S.46 ff., wo im wesentlichen dasselbe ausgeführt wird, und Sauer S.55.

(116) Vergl. Hold-Ferneck II S.16; Anzilotti, S.403; Liszt-Fleischmann S.286; Reu S.49; Reichhof S.52; Verdross S.280.

(117) S.47 ff. Vergl. auch Reichhof S.52 und 53.

(118) S.75.

(119) Ebenso schon Nussbaum S.388. Diese Regel wird vom BGH (NJW 1956, 262) durchbrochen. Er erklärt es unter gewissen Voraussetzungen für zulässig, eine im Ausland ausgesprochene Entmündigung eines Deutschen durch ein inländisches Gericht aufzuheben.

(120) S.267.

(121) Verdross S.267.

erste Regel Reus angeht, nach welcher ein Staatsakt eines fremden Staates weder abgeändert noch aufgehoben werden darf, kann dieses Hindernis dadurch umgangen werden, daß man den ausländischen hoheitlichen Akt zwar nicht antastet, aber ihn einfach nicht anerkennt (122). Es genügt doch - und dies ist nicht verboten -, daß etwa eine im Ausland ausgesprochene Entmündigung oder eine im Ausland bestätigte Adoption (123) als nicht vorhanden angesehen wird. Auch die zweite Regel Reus und die Ausführungen von Verdross können nicht dazu führen, den deutschen Richter der freiwilligen Gerichtsbarkeit wenigstens teilweise in seiner Tätigkeit zurückzuhalten. Es ist nicht völkerrechtswidrig, wenn ein deutsches Nachlaßgericht, das ausländisches Erbrecht zugrunde zu legen hat, einen Vollerbschein erteilt (124). Gewiß werden dadurch auch solche Nachlaßgegenstände betroffen, die sich im Ausland befinden. Das bedeutet aber noch nicht, daß damit außerhalb Deutschlands ein hoheitlicher Akt vorgenommen wird. Die hoheitliche Tätigkeit wird in Deutschland ausgeübt. Das einzige, was vielleicht als völkerrechtswidrig angesehen werden könnte, ist die Tatsache, daß dieser Erbschein unter Umständen gewisse Wirkungen im Ausland haben kann. Diese Verrichtung könnte, wie Verdross sagt, auf einen "Zwangsakt in einem fremden Staat hinzielen". Das ist aber nicht der Fall. Ein Zwang ist nicht vorhanden, da der ausländische Staat diese hoheitliche Tätigkeit nicht anzuerkennen braucht. Dieser völkerrechtliche Grundsatz bereitet somit kein Hindernis. Die gleichen Argumente können dem Kammergericht (125) entgegengehalten werden. Es behauptet, es bedeute einen "nach internationalem Recht nicht zu verantwortenden Eingriff in die Justizhoheit des fremden Staates", wenn durch ein inländisches Gericht nach ausländischem Sachrecht ein Vollerbschein erteilt werde. Dem muß ebenfalls entgegnet werden, daß die Justizhoheit des fremden Staates keineswegs angetastet wird. Wenn eine deutsche Behörde Verfügungen vornimmt, dann werden dadurch die fremden staatlichen Behörden, die sich noch mit dem Fall zu befassen haben könnten, nicht unmittelbar gezwungen, die durchgeführte Verrichtung als gültig anzuerkennen. Sollte eine fremde Behörde zu einer Anerkennung aufgrund eines von ihrem eigenen Gesetzgeber erlassenen Gesetzes gezwungen werden, dann erfolgt die Anerkennung nicht unmittelbar als Folge der Tätigkeit des deutschen Nachlaßgerichts sondern aufgrund dieses Gesetzesbefehls des fremden Staates. Das deutsche Nachlaßgericht gibt nur mittelbar den Anlaß dazu. Ein "Eingriff in die Justizhoheit des fremden Staates" liegt somit nicht vor. Auch unter diesem Gesichtspunkt wird daher das Völkerrecht nicht verletzt.

Van Praag glaubt, eine weitere Völkerrechtsnorm gefunden zu haben, die hier beachtet werden müßte (126). Er behauptet, es gebe eine Regel, die ungefähr allgemein anerkannt sei und die verlange, daß ein Staat keinerlei Gerichtsbarkeit über dingliche Rechte an unbeweglichen Sachen habe, die in einem anderen Staate liegen (127). Dem muß entgegengehalten werden, daß diese Regel gar nicht so allgemein anerkannt ist, wie van Praag behauptet. Zwar nehmen einige Staaten für auf ihrem Gebiete liegende Grundstücke eine ausschließliche Zuständigkeit in Anspruch (128). Dies ist aber nicht allgemein so. Reu (129) zitiert Beispiele aus der amerikanischen, italienischen, österreichischen und auch aus der deutschen Pra-

(122) So ebenfalls Reu S.59.

(123) Vergl. Art.22 II EG BGB.

(124) Vergl. in dieser Arbeit oben B II 2.

(125) KG, Deutsche Justiz 1937 S.554 ff.

(126) Siehe S.113 ff.

(127) Wörtlich: "Il y a une règle qui est à peu près généralement reconnue ... C'est celle-ci qu'aucun état (sauf clause contraire contenue dans un traité) n'a juridiction pour actions réelles en matière d'immeubles situés sur le territoire d'un autre état."

(128) Siehe Beispiele bei Reichhof S.53.

(129) S.55 und 56.

xis (130), in welchen genau entgegengesetzt entschieden wurde. Eine allgemeine Anerkennung, die für die Entstehung einer Regel des Völkergewohnheitsrechts unerlässlich ist, ist somit nicht vorhanden.

Aus obigen Ausführungen ergibt sich, daß es kaum praktisch denkbar ist, daß ein deutscher Richter der freiwilligen Gerichtsbarkeit, der ausländisches Recht anwenden muß, eine Verrichtung deswegen nicht vornehmen darf, weil eine Norm des Völkergewohnheitsrechts entgegensteht.

6. Rücksichtnahme auf ausländische ausschließliche Zuständigkeit?

Viele Staaten behalten in ihren Verfahrensrechten ihren eigenen Behörden für die Regelung gewisser Angelegenheiten eine ausschließliche Zuständigkeit vor. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn es sich um auf ihrem Gebiete liegende Grundstücke handelt (131). Die Frage, ob die deutschen Gerichte der freiwilligen Gerichtsbarkeit einen derartigen Vorbehalt beachten müssen, ist in Literatur und Rechtsprechung umstritten (132). Die Frage ist zu verneinen. Die deutschen Kollisionsnormen verweisen nur auf ausländisches materielles Recht, nicht aber auf ausländisches Verfahrensrecht. Schon deswegen darf grundsätzlich keine ausschließliche Zuständigkeit ausländischer Behörden beachtet werden. Ein derartiger Vorbehalt ist immer formeller Natur, auch wenn er zufällig einmal in einem materiellen Gesetz enthalten sein sollte. Zwar zwingt § 606 III, Ziff. 1 ZPO (133) den Richter, einen solchen vom ausländischen Verfahrensrecht ausgesprochenen Vorbehalt zu beachten. Daraus allein kann aber nicht geschlossen werden, daß das immer zu beachten ist. Stellt man die genannte Bestimmung der oben erwähnten Regel des deutschen IPR gegenüber, wonach die deutschen Kollisionsnormen nur auf ausländisches materielles Recht verweisen, dann kann § 606 III, Ziff. 1 ZPO demgegenüber nur den Charakter einer Ausnahmebestimmung haben. Der Gesetzgeber hat hier deswegen von der allgemeinen Regel eine Ausnahme gemacht, weil diese allgemeine Regel auf dem Gebiete des internationalen Scheidungsrechts für die Beteiligten unter Umständen nicht zumutbare schwere Folgen haben könnte: die "hinkende Ehe" (134).

Auch auf anderen Gebieten ist es denkbar, daß ein Richter ausnahmsweise ausländische Verfahrensnormen beachten muß. Z.B. läßt sich die Frage, ob das ausländische Recht die Tätigkeit einer deutschen Behörde anerkennen würde, nicht immer nur anhand des ausländischen Sachrechts beurteilen. Oft verlangt dieses Recht, damit die beabsichtigte Rechtsfolge eintritt, ein dazu gehöriges kompliziertes Verfahren (135). Ob ein Verfahrensgang, wie er im deutschen Verfahrensrecht geregelt ist, durch das ausländische Sachrecht anerkannt würde, kann daher oft nur dann beurteilt werden, wenn

(130) Siehe RGZ 32,414.

(131) So behält z.B. Frankreich dann seinen Behörden eine ausschließliche Zuständigkeit vor, wenn in Frankreich liegende Grundstücke von einer Nachlaßbehandlung betroffen werden; siehe Reichhof S.53 (insbesondere Anm.151), wo weitere Beispiele aufgezählt werden.

(132) Für die Berücksichtigung einer ausländischen ausschließlichen Zuständigkeit: Raape, Art. 14 B II 2 f und Art. 22 D IV 2 a und b; KG SeuffA. 82 Nr.35; Krönig S.61, 63, 98, 99; Reichhof S.63, Nussbaum S.389,397 ff.; Frankenstein III S.15 ff. und Bd.IV S.186 und 188; Erman-Marquardt, Art.22,3 f. D a g e g e n : Reu S.150 ff. insbesondere S.161 und 163; Neuner S.15 ff.; Riezler S.242 und in "Sachliche internationale Zuständigkeit" S.209; KG, OLG 27,108; Soergel-Kegel, Art.14 II 12 und Art. 19 III 3 sowie Art. 22 V 1 b. Vergl. außerdem Melchior, RabelsZ III S.733 ff.

(133) Die ab 1.7.1958 geltende Fassung der ZPO übernimmt den Absatz III wörtlich in dem eigens hierfür geschaffenen § 606 b.

(134) Das ist eine Ehe, welche in gewissen Staaten noch als Ehe betrachtet (die erfolgte Scheidung wird also nicht anerkannt), in anderen jedoch als geschieden angesehen wird.

(135) Vergl. in dieser Arbeit unten C II 2.

gleichzeitig das ausländische Verfahrensrecht zu dieser Beurteilung mit herangezogen wird (136). Aus dieser Tatsache, daß unter Umständen ausländisches Verfahrensrecht zu berücksichtigen ist, kann jedoch nicht geschlossen werden, daß deutsche Gerichte generell nicht tätig werden dürfen, wenn das ausländische Verfahrensrecht bei Regelung gewisser Angelegenheiten seinen Behörden eine ausschließliche Zuständigkeit vorbehält. Das bleibt immer eine Ausnahme. Grundsätzlich muß es bei den Regeln unseres internationalen Privatrechts bleiben, wonach nicht auf ausländisches Verfahrensrecht verwiesen wird. Wenn eben gesagt wurde, daß dieses unter Umständen zu beachten ist, dann wurde dies nur deswegen empfohlen, um damit die Auslegung des ausländischen Sachrechts hinsichtlich der Frage zu erleichtern, ob dieses Sachrecht die Tätigkeit eines deutschen Gerichts anerkennt. Das heißt noch nicht, daß das ausländische Verfahrensrecht anzuwenden ist.

Es besteht außerdem kein Grund für die Annahme, daß ein Staat seine eigenen Zuständigkeitsregeln hinter denen eines anderen Staates zurücktreten lassen will (137). Sollte einem deutschen Richter bei der Entscheidung eines Falles das ausländische Verfahrensrecht vorschreiben, nicht tätig zu werden, während das deutsche ihn für zuständig erklärt, dann ist nicht einzusehen, warum er das ausländische Recht anwenden und das deutsche nicht berücksichtigen sollte. Selbstverständlich geht das eigene Recht vor, wie Neuner lehrt.

Auch aus praktischen Erwägungen kann der gegenteiligen Meinung nicht gefolgt werden. Einem deutschen Richter würde zu viel zugemutet, wenn er außer dem ausländischen Sachrecht auch ausländisches Verfahrensrecht prüfen sollte. Außerdem würde die gegenteilige Auffassung bei denjenigen Angelegenheiten, bei welchen sich das Ausland eine ausschließliche Zuständigkeit vorbehält, dazu führen, daß die Beteiligten kein inländisches Gericht anrufen könnten (138). Auch aus diesen Gründen ist davon auszugehen, daß ein derartiger Vorbehalt nicht zu beachten ist. Dies ist kein "Übergriff", wie Krönig (139) meint. Auch die Bedenken Raapes (140), wonach wir nicht den Anspruch eines fremden Staates mißachten können, wenn wir selbst in einem entsprechenden Fall eine ausschließliche Zuständigkeit in Anspruch nehmen würden, können kein gegenteiliges Ergebnis rechtfertigen. Der Gesetzgeber hat in erster Linie praktisch brauchbare Gesetze zu schaffen, auch wenn diese in einzelnen Fällen dem Ausland gegenüber unbillig sein mögen.

7. Darf eine deutsche Behörde ihren Wesensbereich überschreiten?

Es ist herrschende Meinung, daß eine deutsche Behörde den ihr durch das deutsche Recht gegebenen Wesensbereich bei Anwendung ausländischen Rechts nicht überschreiten darf (141). Sie soll also keine Einrichtungen vorneh-

(136) Siehe auch unten C III 1, wo geprüft wird, ob ein deutscher Vormundschaftsrichter das Rechtsverhältnis geschiedener Eheleute zu ihren Kindern regeln darf, wenn Schweizer Recht zugrunde zu legen ist. Bei Beurteilung dieser Frage ist zu berücksichtigen, daß diese Regelung in der Schweiz in einem Verfahren der streitigen Gerichtsbarkeit erfolgt.

(137) So Neuner S.24.

(138) So auch Reu S.163; Soergel-Kegel, Art.22 V 1 b.

(139) S.99.

(140) Siehe Art. 14 B II 2 f und Art. 22 D IV 2 a.

(141) Vergl. KG, OLG 42,188, OLG 46,189, SeuffA. 82 Nr.35, IPRspr.8 Nr.67, StAZ 1936 S.72; OLG Dresden, IPRspr. 1931 Nr.90 und 91; Schlegelberger § 66 III; Raape, Art.14 B II 2 f und Art. 22 D IV 2 b sowie Lehrbuch S.202; Dörner § 66, 3 b; Erman-Marquardt, Art. 22,3 f; KG RabelsZ 6,311; Bergmann, IEKR Bd.1 S.61; Nussbaum S.173 und 174; Beitzke, StAZ 1948,55; Reu S.164 f.; Reu in "Anwendung fremden Rechts" S.22; Krönig S.66 und 67 sowie 99 und 100; Rausnitz, § 66 Anm.6; Riezler S.233,234 und

men dürfen, die dem deutschen Recht entweder unbekannt oder wesensfremd sind. Es ist jedoch fraglich, ob diese herrschende Meinung bei näherer Prüfung aufrecht erhalten werden kann. Insbesondere dann, wenn ein deutsches Amtsgericht eine nach ausländischem Recht zu beurteilende Adoption bestätigen sollte, ist diese Frage immer wieder gestellt worden. Dies rührt daher, daß viele ausländische Rechtsordnungen von ihren Richtern weitgehende sachliche Prüfungen verlangen, während hier das deutsche Recht in § 1754 a.F. BGB großzügiger war. § 1754 II, 1 a.F. BGB bestimmte, daß eine solche Bestätigung nur dann zu versagen war, wenn ein gesetzliches Erfordernis der Annahme an Kindes statt fehlte. Demgegenüber verlangt z.B. das rumänische Recht (Art. 319 Codul Civil), Nachforschungen darüber anzustellen, ob der Annehmende sich eines guten Rufes erfreut. Das französische Recht (Art. 343 C.c.) verlangt echte Motive, und darüber hinaus soll die Adoption für den Adoptierten Vorteile mit sich bringen (142). Nach Schweizer Recht muß der Richter prüfen, ob "der Annehmende dem Kinde Fürsorge und Pflege erwiesen hat oder andere wichtige Gründe vorliegen und dem Kinde aus der Annahme kein Nachteil entsteht" (Art. 267 II ZGB). Solche und ähnliche Untersuchungen, die über diejenigen, die nach deutschem Recht vorzunehmen wären, hinausgehen, will die Rechtsprechung des Kammergerichts den inländischen Richtern nicht zumuten. Das KG bejaht zwar aus § 66 (insbesondere aus § 66 II) mit Recht die internationale Zuständigkeit der deutschen Gerichte. Es behauptet aber, daß die Zuständigkeit eine Schranke in den §§ 1741, 1754 BGB findet. Lediglich die daselbst bezeichnete Tätigkeit des Gerichts sei die in den §§ 65, 66 FGG erwähnte Bestätigung (143). Diese enge Auffassung wird von der Wissenschaft mit Recht bekämpft (144). Es wird darauf hingewiesen, daß ähnliche Untersuchungen, bei welchen der Richter sich auch mit den persönlichen Verhältnissen der Beteiligten zu befassen und nicht nur rein formelle Voraussetzungen zu beachten hat, der deutschen Rechtsordnung nicht fremd sind. Insbesondere wird auf die §§ 5, 112, 1358, 1643, 1666, 1821 und 1822 BGB hingewiesen. Es ist nicht einzusehen, wieso ein deutscher Richter, dem, wie damit nachgewiesen, solche Untersuchungen nicht fremd sind, nicht auch ähnliche Untersuchungen bei der Bestätigung einer Adoption vornehmen sollte. Mit Recht bezeichnet Frankenstein (145) diese Rechtsprechung des KG als "Doktrinarismus" (146).

Die eben in Anmerkung (144) Genannten (außer Lewald) bekämpfen aber nur die enge Auffassung des KG. im übrigen lehren sie, eine deutsche Behörde habe einen gewissen dem deutschen Recht zu entnehmenden "institutionellen" (147) Wesensbereich, der, wenn ausländisches Recht anzuwenden sei, niemals überschritten werden dürfe. So ist z.B. für die deutsche Rechtsordnung der französische *bien de famille* (148) und für die italienische die Eigentümerhypothek als Rechtsinstitut unbekannt und daher wesensfremd. Dieser herrschenden Meinung ist im Ergebnis zuzustimmen. Es darf jedoch nicht verkannt werden, daß dieses Ergebnis unter verschiedenen Gesichtspunkten angezweifelt werden könnte. Es ist zu bedenken, daß der deutsche Richter, der durch die Verweisungen unserer Kollisionsnormen ausländisches Recht anzuwenden hat, nach Art. 97 GG und § 1 GVG an dieses

in "Sachliche int.Unzust." S.202. Vergl. auch Frankenstein III S.16.

Anderer Ansicht: Swoboda S.64. Vergl. auch Lewald S.158.

(142) " ... s' il y a de justes motifs et si elle présente des avantages pour l'adopté."

(143) So in OLG 42,188.

(144) Vergl. Rabel, RabelsZ VI S.310 ff.; Raape, Art.22 D IV 2 b; Reu S.175; Krönig S.66,67; Frankenstein III S.16 und IV S.186,187; Lewald S.156 ff.; Beitzke, StAZ 1948,55; Keidel § 66,1; Palandt-Lauterbach Art.22,4 a; Erman-Marquardt Art.22,3 f; Soergel-Kegel, Art.22 V 1 b; Wahl, RabelsZ X, 49 ff.

(145) Bd.III S.16.

(146) Durch die neue Fassung des § 1754 BGB durch Gesetz vom 23.11.1933 werden dem deutschen Richter heute, wenn er deutsches Recht anzuwenden hat, ähnliche Prüfungen vorgeschrieben.

(147) So nennt es Reu (S.164 ff.).

(148) Der *bien de famille* ist ein Vermögensteil, den der Eigentümer einer besonderen juristischen Ordnung unterstellt, damit er im Interesse der Familie erhalten bleibt.

ausländische Recht ebenso gebunden ist wie sonst an das deutsche. Damit soll nicht gesagt sein, daß das zugrunde zu legende ausländische Recht Bestandteil des deutschen Rechts wird (also eine Art Rezeption) (149). Das ausländische Recht ist jedoch, wenn ein inländisches Gesetz es für anwendbar erklärt, dem deutschen Recht gleichrangig.

Gegen die herrschende Meinung scheinen außerdem die tragenden Grundsätze des internationalen Privatrechts, nämlich die Grundsätze der internationalen Rechtsgemeinschaft und der gegenseitigen Anerkennung der Rechtsordnungen zu sprechen. Die herrschende Meinung erkennt mit ihrer Ansicht die fremden Rechtsordnungen nur zum Teil an. Auch ist es wenig "international-rechtsgemeinschaftlich" gedacht, wenn eine fremde Rechtsordnung nur dort beachtet werden soll, wo sie wesensmäßig zufällig mit der unsrigen übereinstimmt. Dies ist einerseits richtig. Andererseits würde dem inländischen Richter eine fast unlösbare Aufgabe zugemutet, wollte man ihn zwingen, Verrichtungen vorzunehmen, die ihm bisher unbekannt waren. Es ist nicht möglich, innerhalb der kurzen Zeit, die für das Abfassen einer Entscheidung in der Regel nur zur Verfügung steht, in ein bisher unbekanntes Recht so weit einzudringen, daß man es richtig versteht und richtig anwendet. Die Gefahr, daß die inländischen Gerichte dabei Fehler machen, ist groß. Dem fremden Recht wäre auf diese Weise genauso wie den Beteiligten wenig gedient. Schon aus diesen praktischen Erwägungen muß der h.M. beigetreten werden.

Ihr ist aber auch aus theoretischen Erwägungen zuzustimmen. Es wurde in der vorliegenden Arbeit wiederholt darauf hingewiesen, daß ein deutscher Richter nur inländisches Verfahrensrecht anwenden darf. Dieses Verfahrensrecht ist aber nur für deutsches Sachrecht geschaffen worden. In den meisten Fällen dürfte also für eine dem deutschen Recht fremde richterliche Tätigkeit kein entsprechendes Verfahren vorhanden sein. Wird der deutsche Richter aber zur Vornahme einer derartigen vom deutschen Recht wesensverschiedenen Verrichtung nicht durch sein Verfahrensrecht ermächtigt, sind also beide Rechtsgebiete auch durch weite Auslegung und gegenseitige Anpassung nicht aufeinander abstimmbare, dann muß der Richter die von ihm verlangte Tätigkeit ablehnen (vergl. oben B II 2). Wenn z.B. in den §§ 35 ff. FGG stets "Verrichtungen des Vormundschaftsgerichts" genannt sind, dann ist dies ein Begriff, der - insbesondere, weil er im Rahmen einer internationalen Anpassung weit auszulegen ist - dehnbar ist. Welche Verrichtungen damit gemeint sind, wird dem materiellen Recht überlassen, welches auch ein ausländisches sein kann. Unter dem Begriff "Verrichtung" ist aber eine für das Vormundschaftsgericht typische zu verstehen. Welche Verrichtungen für ein Vormundschaftsgericht typisch sind, bestimmt aber allein das deutsche Recht. Aus diesem Grunde kann ein deutsches Vormundschaftsgericht beispielsweise keine legitimatio per judicem im Sinne des Art. 260 ZGB aussprechen (vergl. Ausführungen unten C III 2).

Obigen Ausführungen ist zu entnehmen, daß der herrschenden Meinung im wesentlichen zuzustimmen ist. Es würde aber dem Zweck und den tragenden Grundsätzen unseres internationalen Privatrechts widersprechen, allgemein zu sagen, deutsche Gerichte dürften keine vom deutschen Recht wesensverschiedene Aufgaben erledigen. Die genannten Grundsätze zwingen die inländischen Behörden, in jedem einzelnen Falle nachzuprüfen, ob die verlangte Verrichtung vorgenommen werden kann oder nicht. Da jedoch in den mei-

(149) So Swoboda S.27. Anderer Ansicht Raape, Einleitung E II und Lehrbuch S.117; Dölle S.151. Der Streit dreht sich nur darum, ob das ausländische Recht in Deutschland revisibel ist oder nicht (vergl. §§ 549,562 ZPO). Diese Fragen haben mit dem Thema der vorliegenden Arbeit nichts zu tun. Siehe hierzu Melchior (S.424 ff.), der die Problematik darstellt und auch die gesamte Rechtsprechung des Reichsgerichts zitiert.

sten Fällen, in denen aufgrund fremden Rechts von einem deutschen Richter eine dem deutschen Recht wesensfremde Verrichtung verlangt wird, dieses fremde Rechtsgebiet mit dem entsprechenden deutschen Verfahrensrecht nicht verbunden werden kann, wird der deutsche Richter meistens eine derartige Tätigkeit ablehnen müssen.

8. Sind Verrichtungen rechtsgestaltenden Charakters zulässig?

Schließlich wird behauptet, deutsche Gerichte dürften, wenn sie ausländisches Recht anzuwenden haben, keine rechtsgestaltenden Akte erlassen (150). Reichhof begründet seine Ansicht nicht. Josef, der den Ausdruck "rechtsgestaltend" nicht verwendet, führt aus, eine Verrichtung eines deutschen Nachlaßgerichts sei unzulässig, wenn sie "einen Eingriff in das materielle ausländische Recht" enthalte. Er nennt ebenso wie Reichhof als Beispiel die Einsetzung eines Testamentsvollstreckers. Den Genannten muß entgegnet werden, daß sich aus dem Sinn unserer Kollisionsnormen ein derartiger Satz nicht ableiten läßt. Auffällig ist, daß Reichhof seine Ansicht nicht zu begründen vermag. Josef muß entgegengehalten werden, daß das gesamte internationale Privatrecht seiner Bedeutung beraubt wäre, wenn unsere Gerichte nicht in das ausländische Recht, das sie anwenden müssen, "eingreifen" dürfen. Ein großer Teil der Verrichtungen auf dem Gebiete des internationalen Familien- und Erbrechts ist rechtsgestaltender Natur. Die deutschen Landgerichte scheiden seit Jahrzehnten ausländische Ehen, ohne daß ihnen bisher jemand mit dem Hinweis darauf, daß ein Scheidungs-urteil ein rechtsgestaltender Akt ist, dieses Recht abgesprochen hätte. Raape (151) ist der Ansicht, daß ein deutsches Gericht nur dann eine rechtsgestaltende Verrichtung nicht vornehmen darf, wenn das Gericht damit den ihm vom deutschen Recht gegebenen Wesensbereich überschreiten müßte. Daß dieser Meinung im Ergebnis beizutreten ist, wurde oben (B II 7) dargelegt. Der bloße Hinweis auf die rechtsgestaltende Natur einer von einem deutschen Gericht nach ausländischem Recht vorzunehmenden Verrichtung genügt jedoch nicht, um daraus zu schließen, diese Verrichtung sei unzulässig.

(150) Siehe Reichhof S.74 mit einigen Beispielen aus der internationalen Nachlaßbehandlung. Außerdem: Josef, JW 1912, 1026 und 1028; Raape, Art. 7 F II 2.
(151) a.a.O.

C . . Z w e i t e r T e i l

I. Vorbemerkung

Im folgenden zweiten Teil werden anhand des französischen, schweizerischen, österreichischen und italienischen Rechts Beispiele gebildet, welche für die in der vorliegenden Schrift bearbeitete Problematik besonders charakteristisch sind. Eine lückenlose Aufzählung aller denkbaren Fälle wird nicht vorgenommen, da dies zur Folge hätte, daß verschiedene oft auftretende Probleme wiederholt erörtert werden müßten. Auch auf bereits oben behandelte Probleme wird nicht einzugehen sein.

II. Fälle aus dem französischen Recht

1. Die Emanzipation

a) Emanzipation durch den Vater (die Mutter)

Nach Art. 477 C.c. kann ein Minderjähriger, der das 15. Lebensjahr vollendet hat, durch seinen Vater emanzipiert werden. Lebt der Vater nicht mehr oder ist es ihm aus anderen Gründen nicht möglich, dieses Recht auszuüben, dann kann die Mutter ihr Kind emanzipieren (152). Der emanzipierte Minderjährige bekommt nach französischem Recht eine erweiterte, allerdings nicht unbeschränkte Geschäftsfähigkeit eingeräumt (153). Er kann Pachtverträge schließen, deren Dauer jedoch 9 Jahre nicht überschreiten darf (Art.481 C.c.). Er ist für gewisse Klagen, durch welche unbewegliche Sachen betroffen werden (action immobilière), weder aktiv noch passiv prozeßfähig (Art.482). Auch ein Darlehen kann er nicht aufnehmen (Art. 483). Seine Liegenschaften darf er weder verkaufen noch irgend ein Rechtsgeschäft abschließen, welches nicht zur bloßen Verwaltung gehört (Art.484). Die Emanzipation hat den Zweck, dem Minderjährigen seine persönliche Freiheit und die Verwaltung und Nutznießung seines Vermögens zu geben (154). Sie liegt zwischen der vollen Geschäftsfähigkeit und der Geschäftsunfähigkeit. Sie hat den Sinn, einen zu plötzlichen Übergang von der Geschäftsunfähigkeit zur vollen Geschäftsfähigkeit zu verhindern, weil ein derartiger unmittelbarer Übergang Gefahren für den Jugendlichen mit sich bringen würde (155).

(152) Die Worte "à défaut de père" scheinen darauf hinzuweisen, daß die Mutter nur beim Tode des Vaters dieses Recht hat. Die französische h.L. dehnt diese Bestimmung jedoch auf alle Fälle aus, in denen es dem Vater überhaupt unmöglich ist, sein Kind zu emanzipieren. Vergl. Colin-Capitant Nr.599; Petit dictionnaire S.522; Fuzier-Herman Art. 477 Nr.2; Dalloz II S.289.

(153) Siehe Art. 481 C.c.

(154) Planiol, Traité élém. I, Nr.2336.

(155) So Planiol, Traité élém. I Nr.2336.

Nach Art. 477 II C.c. hat der Vater (oder die Mutter) die Erklärung, daß er sein Kind emanzipiere, vor dem Friedensrichter (*juge de paix*) abzugeben. Ein Gerichtsschreiber (*greffier*), der ebenfalls zugegen sein muß, nimmt die Erklärung entgegen und beurkundet sie.

Wir haben im deutschen Recht kaum ein Rechtsinstitut, das mit einer derartigen Emanzipation vergleichbar ist. Ein Minderjähriger, der das 18. Lebensjahr vollendet hat, kann unter gewissen Voraussetzungen (siehe §§ 3 bis 5) durch Beschluß des Vormundschaftsgerichts für volljährig erklärt werden. Durch diesen Beschluß wird der Minderjährige voll geschäftsfähig. Er erhält also mehr als ein Franzose, der emanzipiert wird. Bevor ein deutscher Minderjähriger die volle Geschäftsfähigkeit erhält, ist er von der Vollendung seines 7. Lebensjahres an beschränkt geschäftsfähig (§ 106 BGB). In dieser Periode hat er weniger Rechte als ein junger Franzose, der emanzipiert wurde (156). Die einzige deutsche Rechtseinrichtung, die mit der französischen Emanzipation verglichen werden kann, ist die des § 112 BGB. Ein deutscher Vater kann sein minderjähriges Kind mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichts ermächtigen, den selbständigen Betrieb eines Erwerbsgeschäfts zu führen. Geschieht dies, dann ist der Minderjährige für solche Geschäfte unbeschränkt geschäftsfähig, die der Geschäftsbetrieb mit sich bringt. Auch im deutschen Recht sind - ähnlich wie im französischen Recht (siehe oben) - gewisse gefährliche Rechtsgeschäfte davon ausgenommen, die der Minderjährige nicht allein abschließen darf (157). Der Umfang der dem Minderjährigen dadurch gegebenen Geschäftsfähigkeit ist somit enger als der, den das französische Recht dem Emanzipierten einräumt. Auch steht der deutsche Minderjährige weiter unter elterlicher Gewalt.

Die Frage, ob eine deutsche Behörde eine Emanzipationserklärung entgegennehmen darf, ist umstritten (158). Die einzige Behörde, die nach den allein maßgebenden deutschen Zuständigkeitsvorschriften befugt ist, diese Frage zu prüfen, ist das Amtsgericht in seiner Eigenschaft als Vormundschaftsgericht. Es wurde oben (B I 2) dargelegt, daß Ausländer, die sich an ein deutsches Gericht wenden, grundsätzlich denselben freien Zugang zu den inländischen Behörden haben wie Deutsche. Falls keine spezielle Vorschrift vorhanden ist, die in dem betreffenden Fall die internationale Zuständigkeit deutscher Gerichte regelt (wie z.B. § 606 ZPO), ist es den jeweiligen für den konkreten Fall maßgebenden innerstaatlichen Zuständigkeitsnormen zu entnehmen, ob dieser Grundsatz für diesen Fall ausgeschlossen oder aufrecht erhalten werden soll. Eine solche Spezialvorschrift fehlt hier. Es müssen somit die Normen, die die innerstaatliche Zuständigkeit der Vormundschaftsgerichte regeln, zur Prüfung der Frage herangezogen werden, ob die deutschen Vormundschaftsgerichte für die Entgegennahme einer Emanzipationserklärung international zuständig sind: §§ 43, 36 FGG. In diesen Vorschriften fehlt nicht nur ein Ausschluß des oben genannten Grundsatzes. § 36 II FGG bestätigt ihn sogar und bejaht damit mittelbar, daß die deutschen Vormundschaftsgerichte für die genannte Verrichtung international zuständig sind. Die nach dieser Feststellung zu prüfende Frage, welches Gericht örtlich zuständig ist, beantworten die §§ 43 I i.V.m. 36 I FGG: Es ist dasjenige, in dessen Bezirk der Mündel zu der Zeit, zu welcher die Emanzipation entgegengenommen wird, seinen Wohnsitz oder in Ermangelung eines inländischen Wohnsitzes seinen Aufenthalt hat.

(156) Vergl. §§ 107 ff. BGB.

(157) Siehe §§ 112 I, 2 i.V.m. 1643, 1821, 1822 BGB.

(158) Bejahend: Raape, Art. 7 F I und II, 2; Reu S. 140; Swoboda S. 38; Krönig S. 22.
Verneinend: Frankenstein I S. 429.

Diese Feststellung genügt aber nicht. Es können jetzt Hindernisse entgegen treten, die oben (B II) aufgezählt wurden. Die h.L. (159) hält die Entgegennahme einer Emanzipation durch ein deutsches Vormundschaftsgericht deswegen für zulässig, weil dieses die Erklärung des Vaters (oder der Mutter) nur entgegenzunehmen und zu beurkunden braucht (160). Dieser Ansicht ist im Ergebnis zuzustimmen. Die h.L. unterläßt es jedoch, die Frage zu untersuchen, ob das französische materielle Recht die Tätigkeit eines deutschen Vormundschaftsgerichts anerkennen würde. Würde das französische Recht die Mitwirkung eines deutschen Gerichts nicht anerkennen und somit als gegenstandslos behandeln, dann würde die beabsichtigte rechtliche Wirkung nicht eintreten. In diesem Falle wäre die Mitwirkung eines deutschen Gerichts unzulässig (siehe oben B II 3). Es ist vom Gesamtcharakter der Emanzipationserklärung auszugehen, und es ist insbesondere die Formvorschrift des Art. 477 II C.c. zu beachten. Der Schwerpunkt bei der zu beobachtenden Form liegt auf der Erklärung des Vaters und nicht auf der Tätigkeit des Richters oder des Gerichtsschreibers. Zwar ist nach französischer Auffassung die Emanzipation ungültig, wenn die nach Art. 477 II erforderliche Form nicht gewahrt wird. Auch die Mitwirkung des Gerichtsschreibers ist in Frankreich unbedingt erforderlich (161). Daraus allein ist jedoch nicht zu schließen, daß in Deutschland mit den hier zur Verfügung stehenden behördlichen Mitteln und dem deutschen Verfahrensrecht eine derartige Emanzipationserklärung nicht entgegengenommen werden kann. Die staatliche Mitwirkung bei diesem Akt war in Frankreich früher größer. Es war eine königliche Genehmigung erforderlich, die von der Kanzlei des Parlaments erteilt wurde (162). Nach heutiger französischer Auffassung ist die Befugnis des Vaters, sein Kind zu emanzipieren, als Ausfluß der elterlichen Gewalt aufzufassen. Die Emanzipation ist - und das ist hier entscheidend - ein privates Rechtsgeschäft (163). Die Formvorschrift des Art. 477 II C.c. hat den Zweck, die Abgabe der Emanzipationserklärung mit einer gewissen Feierlichkeit auszustatten, wodurch die Aufmerksamkeit des Erklärenden auf diesen bedeutenden Akt gelenkt und der Erklärende gewarnt werden soll (164). Daß der Schwerpunkt auf der Erklärung liegt, kann auch daraus geschlossen werden, daß der französische Richter nicht viel Tatsachen nachzuprüfen braucht. Er braucht nur zu prüfen, ob der Minderjährige 15 Jahre alt ist (165) und ob der Vater (oder die Mutter) berechtigt ist, diese Erklärung abzugeben (er könnte z.B. die elterliche Gewalt verwirkt haben). Der Vater braucht keine Gründe für seinen Entschluß anzugeben; es wird vielmehr vermutet, daß alles im Interesse des Minderjährigen geschieht (166). Hieraus ergibt sich außerdem, daß die Formvorschrift des Art. 477 II weiter bezweckt, dafür zu sorgen, daß die genannten gesetzlichen Voraussetzungen eingehalten werden. Diese Zwecke kann auch ein deutsches Vormundschaftsgericht erfüllen. Es wäre entgegengesetzt zu entscheiden, wenn das französische Recht vom Richter verlangte, weitgehende Zweckmäßigkeitsprüfungen anzustellen und das öffentliche Interesse zu wahren. Das ist, wie gezeigt, nicht der Fall. Die staatliche Mitwirkung hat gegenüber den Hauptvoraussetzungen - nämlich die Erklärung des Vaters und das Mindestalter des Kindes von 15 Jahren - nur untergeordnete Bedeutung. Wie bereits nachgewiesen, bezweckt sie lediglich, dafür zu sorgen, daß die genannten ge-

{159} Siehe Anmerkung (156).

{160} Raape (a.a.O.) bejaht diese Möglichkeit ebenfalls, gibt jedoch zu bedenken, daß ein derartiger Vorgang unserer eigenen Rechtsordnung fremd ist.

{161} Siehe Morel, Nr.403 und dort zitierte Rechtsprechung.

{162} Siehe Planiol, *Traité élém.* I, Nr.2345.

{163} Vergl. Planiol, *Traité pr.I* Nr.619 und 620; Planiol, *Traité élém.I*, Nr.2345; *Petit dictionnaire* S.522; Fuzier-Herman, *Art.477,1*; Dalloz II S.289.

{164} Planiol, *Traité pr.I* Nr.617; Bonnet Carrère-Laborde-Lacoste-Cremien, 421; Vergl. auch Morel Nr.403 und dort zitierte Rechtsprechung.

{165} Wenn er noch nicht so alt ist, dann ist die trotzdem erfolgte Emanzipation nichtig; siehe Fuzier-Herman, *Art.477* Nr.14.

{166} Siehe Dalloz S.522; Planiol, *Traité pr.I* Nr.620 und dortige Zitate aus der französischen Rechtsprechung, welche aber auch einige Ausnahmen gemacht hat.

setzlichen Voraussetzungen eingehalten werden, und den Erklärenden dazu zu zwingen, sich vor Abgabe der Erklärung nochmals über die Tragweite des beabsichtigten Rechtsgeschäfts Gedanken zu machen. Auch die Tatsache, daß in Deutschland bei vormundschaftsgerichtlichen Verrichtungen zwar ein Urkundsbeamter anwesend ist, daß dieser jedoch nicht die gleiche Befugnis und Bedeutung wie ein französischer greffier hat, steht nicht entgegen. In Frankreich nimmt der Gerichtsschreiber die Erklärung entgegen und beurkundet sie. Er hat somit eine selbständigere und bedeutendere Stellung als ein deutscher Urkundsbeamter (167). Wie in Frankreich die Aufgabenkreise innerbehördlich verteilt werden, bestimmt das französische formelle Recht, auf welches die deutschen Kollisionsnormen nicht verweisen. Der deutsche Richter hat sich nach deutschem formellen Recht und der dort bestimmten Verteilung zu richten. Er hat lediglich zu prüfen, ob mit den in Deutschland zur Verfügung stehenden Mitteln der gleiche Zweck erfüllt werden kann, den die ausländischen Behörden in einem entsprechenden Falle erfüllen würden. Das muß aber hier bejaht werden. Die Tätigkeit des französischen Gerichtsschreibers kann in der gleichen Weise durch ein deutsches Vormundschaftsgericht wahrgenommen werden. Der Unterschied ist nur der, daß diese Tätigkeit teilweise durch den Vormundschaftsrichter (die Entgegennahme der Erklärung) übernommen wird.

Nach alldem ist davon auszugehen, daß ein deutsches Vormundschaftsgericht die Formvorschrift des Art. 477 II C.c. und deren Zweck erfüllen kann. Da der Schwerpunkt einer Emanzipationserklärung außerdem auf der Erklärung selbst liegt, ist der h.L. zuzustimmen, wonach ein deutsches Vormundschaftsgericht eine derartige Erklärung entgegennehmen darf. Überdies hat für Elsaß und Lothringen ein Gesetz vom 1.6.1924 bestimmt, daß Emanzipationserklärungen vor den dort noch vorhandenen Vormundschaftsgerichten abgegeben werden (168). Wenn dies in Frankreich möglich ist, dann ist nicht einzusehen, warum ein derartiges Verfahren in Deutschland unzulässig sein sollte (169).

(167) Vergl. Bonnacarrère-Laborde-Lacoste-Cremien, 421; Morel, 403.

(168) Siehe Planiol, Traité élém. I Nr.2345. Maßgebend sind hier die Art. 15 bis 21.

(169) Die hier vertretene Ansicht dürfte in der französischen Praxis kaum auf Widerstand stoßen. Es ist zwar bisher, soweit ersichtlich, zu dieser Frage kein französisches Urteil veröffentlicht worden. Jedoch kann aus anderen Entscheidungen, die sich mit ähnlichen Fragen befassen, und aus Stellen aus dem französischen Schrifttum geschlossen werden, daß die französische Praxis eine durch ein deutsches Vormundschaftsgericht entgegengenommene Emanzipationserklärung als wirksam anerkennen würde. Die französischen Gerichte sind im allgemeinen geneigt, bei ausländischen Entscheidungen über Personenstandsfragen, bei Ehescheidungen und bei Streit um die capacité (Geschäftsfähigkeit), also überwiegend bei rechtsgestaltenden Entscheidungen, noch nicht einmal ein Exequatur zu verlangen, sondern den ausländischen Akt vorbehaltlos anzuerkennen (siehe umfangreiche Übersicht bei Perroud, S.362 ff. Nr.54 ff. und Lachau-Daguin, S.82 ff.). Dies soll auch dann gelten, wenn Franzosen beteiligt sind (so Urteil des Tribunal Civil de la Seine vom 9.5.1956 in Recueil Dalloz et Recueil Sirey 1956, Sommaires S.167; dieses Gericht verlangt allerdings ein Exequatur dann, wenn der ausländische Akt auf Zwangshandlungen gegen Personen oder auf Vollstreckungshandlungen gegen Sachen hinzielt). Vergl. auch Paris, 10.11.1952 in Recueil Dalloz 1953, Sommaires S.18 (verlangt für Anerkennung eines ausländischen Scheidungsurteils nur, daß die Hauptgrundsätze des französischen internationalen Privatrechtssystems erfüllt sind), Cour de Cassation, 22.1.1951 in Recueil Dalloz 1952, Sommaires S.37 und Tribunal Civil de Toulouse, 8.2.1950, Recueil Dalloz 1950, Jurisprudence S.463. Pillet (Bd.II, S.600 ff. Nr.677), der dieser schon früher herrschenden Rechtsprechung beitrifft, führt aus, man müsse unterscheiden zwischen Urteilen mit absoluter und relativer Wirkung. Die ersteren sollten schon deswegen ohne Exequatur anerkannt werden, weil man nicht eine unbestimmte Personenmehrheit immer wieder vor die Notwendigkeit stellen könne, das Exequatur zu erwirken. Diesen Hinweisen kann entnommen werden, daß die französische Rechtsprechung Entscheidungen oder sonstige ausländische Hoheitsakte im allgemeinen dann anerkennt, wenn diese Akte rechtsgestaltender Natur sind oder in anderer Weise nicht nur innerhalb der Parteien, sondern der Allgemeinheit gegenüber wirken. Auch die Entgegennahme einer Emanzipationserklärung ist ein derartiger Akt. Überdies wird in Dalloz (Bd.II S.292 Nr.60) insbesondere hinsichtlich der Emanzipation im Rahmen des internationalen Privatrechts die Ansicht vertreten, die Emanzipation erfolge grundsätzlich in den Formen, die das Recht desjenigen Ortes bestimmt, an welchem sie vorgenommen wird (locus regit actum); doch dürfe das Heimatrecht des Minderjährigen nicht verletzt werden und deshalb sollten die formellen Voraussetzungen dieses Heimatrechts nach Möglichkeit beachtet werden. Genau diese Voraussetzungen sind in der vorliegenden Arbeit erfüllt.

b) Emanzipation durch den Familienrat

Wenn der Minderjährige keine Eltern mehr hat oder diese ihre elterliche Gewalt verwirkt haben, dann kann er durch den Familienrat (*conseil de famille*) emanzipiert werden, sofern er mindestens 18 Jahre alt ist (170). Eine Besonderheit des französischen Familienrechts im Vergleich zum deutschen stellt die Tatsache dar, daß die Aufgaben, die in Deutschland das Vormundschaftsgericht zum Schutze des Minderjährigen wahrnimmt, stets (nach §§ 1858 ff. BGB nur fakultativ) dem Familienrat obliegen. Dieser setzt sich außer dem Friedensrichter aus 6 Verwandten oder Verschwägerten des einen oder anderen Geschlechts zusammen, welche aus der Gemeinde, in welcher die Vormundschaft eröffnet worden ist, und aus der näheren Umgebung dieser Gemeinde auszuwählen sind. Diese Personen sind zur Hälfte von der väterlichen und zur Hälfte von der mütterlichen Seite nach Maßgabe der Nähe des Grades jeder Linie zu wählen (Art. 407 C.c.). Die leiblichen Brüder oder Schwestern des Minderjährigen sind von dieser Beschränkung ausgenommen (Art. 408) (171). Die Emanzipation hat deswegen durch den Familienrat und nicht durch den Vormund zu geschehen, weil der Vormund zu stark daran interessiert sein kann. Er könnte sich auf diese Weise leicht seiner Aufgaben entledigen (172). Einen ähnlichen Grund hat die Einschränkung, daß der Familienrat den Minderjährigen erst dann emanzipieren kann, wenn dieser das 18. Lebensjahr vollendet hat, und nicht schon mit der Vollendung des 15. Lebensjahres: Die Vertreter des Familienrats sollen nicht allzu schnell ihre Verantwortung abwälzen können (172). Beide Erschwerungen sind also Schutzbestimmungen zugunsten des Minderjährigen.

Die genannte Emanzipation kommt folgendermaßen zustande: Der Familienrat beschließt, den Minderjährigen zu emanzipieren. Dieser Beschluß wird vom Friedensrichter, der auch Vorsitzender des Familienrats ist, beurkundet. Außerdem muß der Friedensrichter in derselben Urkunde förmlich feststellen, "daß der Minderjährige nun emanzipiert ist" (*que le mineur est émancipé*) (173). Dies ist nach französischem Recht formell notwendig, damit materiell die rechtliche Wirkung der Emanzipation eintritt.

Das Schrifttum ist der Ansicht, daß eine deutsche Behörde bei einer derartigen Emanzipation im Sinne des Art. 478 C.c. nicht mitwirken darf (174). Raape (175) lehrt, die deutsche Behörde nehme in diesem Falle einen Akt rechtsgestaltender Natur vor; sie dürfe das nur ausnahmsweise, wenn der Heimatstaat sie dazu ermächtige. Es wurde oben darauf hingewiesen (B II 8), daß der bloße Hinweis auf die rechtsgestaltende Natur einer Verrichtung, die ein deutsches Gericht nach ausländischem Recht vorzunehmen hat, nicht genügt, um daraus zu schließen, daß diese Verrichtung unzulässig ist. Auf die obigen Ausführungen wird verwiesen. Die übrigen oben Zitierten geben keine weitere Begründung.

Obwohl der Begründung Raapes nicht gefolgt werden kann, muß ihm doch im wesentlichen im Ergebnis recht gegeben werden. Ein in Deutschland lebender französischer Minderjähriger kann sowohl unter französischer als auch unter deutscher Vormundschaft stehen. Ein deutsches Vormundschaftsgericht kann dann eine Vormundschaft anordnen, wenn der Minderjährige nach französischem Recht der Fürsorge bedarf und keine französische Behörde diese Fürsorge übernimmt (Art. 23 EG BGB). Ist dies der Fall, dann wird die im

(170) Art. 478 C.c.

(171) Weitere Einzelheiten, die hier nicht interessieren, bestimmen Art. 408 bis 410 C.c.

(172) Colin-Capitant Nr. 599; Planiol, *Traité pr.* I Nr. 621; Planiol, *Traité élém.* I Nr. 2350.

(173) Art. 478 II C.c. Vergl. außerdem Planiol, *Traité élém.* I Nr. 2350.

(174) Siehe Raape, Art. 7 F I und II; Krönig S. 22, 24, 25; Frankenstein I S. 427; Stauffer, Art. 7 Ann. 7; Habicht-Greif S. 65.

(175) a.a.O.

Inland angeordnete Vormundschaft nach deutschem Recht geführt, und es ist dann nicht anzunehmen, daß ein Familienrat vorhanden ist (176). Ist dagegen in Deutschland keine Vormundschaft über den französischen Minderjährigen angeordnet worden, ist das also bereits in Frankreich geschehen, dann wird regelmäßig ein Familienrat vorhanden sein. Dies soll hier unterstellt werden. Die jetzt zu stellende Frage, ob der deutsche Vormundschaftsrichter die oben beschriebene Tätigkeit vornehmen darf, die nach französischem Recht dem Friedensrichter obliegt, ist zu bejahen. Die internationale Zuständigkeit ist gegeben, was bereits oben (C II 1 a) geprüft wurde. Das deutsche Verfahrensrecht steht nicht entgegen. Man kann nicht einwenden, daß das deutsche Verfahrensrecht den Richter zu dieser dem deutschen Recht fremden Tätigkeit nicht ermächtigt. § 43 FGG spricht nur ganz allgemein von "Verrichtungen" des Vormundschaftsgerichts und überläßt damit die nähere Beschreibung der vorzunehmenden Tätigkeit dem materiellen Recht, welches hier ausnahmsweise französisches ist (177). Problematisch ist hier nur - ebenso wie bei der Emanzipation durch den Vater -, ob das französische materielle Recht die Tätigkeit des deutschen Richters genauso anerkennt wie diejenige des französischen. Diese Frage muß bejaht werden. Die hier geforderte Verrichtung ist lediglich beurkundender Art, welche denselben Sinn hat wie die Tätigkeit des Richters bei der Emanzipation durch den Vater. Den Hauptwert legt das französische Recht auf den Beschluß des Familienrats, der allerdings unentbehrlich sein dürfte. Das französische Recht betrachtet die Betreuung eines unter Vormundschaft stehenden Minderjährigen hauptsächlich als eine Angelegenheit der Familie und Verwandtschaft, während die Tätigkeit der öffentlichen Organe soweit wie möglich dabei zurückzutreten hat. Es ist hier dasselbe zu erkennen wie bei der Emanzipation durch den Vater: Dieses Rechtsgeschäft ist in erster Linie ein *privates*. Bei der Emanzipation durch den Vater oder die Mutter hängt nach Planiol die Wirksamkeit dieses Rechtsgeschäfts *à l'entière* ("uniquement") vom Willen der Eltern ab (178). Wie oben schon gezeigt, hat der *juge de paix* nur wenige Tatsachen nachzuprüfen. Wenn aber schon bei der Emanzipation durch einen Elternteil die Tätigkeit des Richters rein beurkundender Natur ist, dann muß das erst recht bei der Emanzipation durch den Familienrat gelten; denn hier entscheidet nicht ein einzelner, sondern ein Gremium. Hier wird folglich dem Minderjährigen noch mehr Gewähr dafür gegeben, daß nichts zu seinem Nachteil geschieht. Er braucht kaum einen Richter zum Schutz seiner Interessen. Die oben genannte Vermutung, daß alles im Interesse des Minderjährigen geschieht (179), hat daher hier erst recht zu gelten. Gewiß hat der Richter nach der Beschlußfassung förmlich festzustellen, "daß der Minderjährige nun emanzipiert ist" (Art. 478 II C.c.). Daß diese Erklärung nur der Abschluß seiner Beurkundung ist, kann nach obigen Darlegungen und Hinweisen auf das französische Schrifttum nicht mehr zweifelhaft sein.

Der genannte Grundsatz, wonach die Betreuung eines Minderjährigen hauptsächlich eine Angelegenheit der Familie und Verwandtschaft ist, hat sich zwar in letzter Zeit etwas zugunsten der öffentlichen Hand gelockert (180). Doch ist unverkennbar, daß das französische Familienrecht die Inhaber der elterlichen Gewalt und den Familienrat bei Angelegenheiten, die Minderjährige betreffen, in stärkerem Maße begünstigt, als dies z.B. im deutschen Recht der Fall ist. Aus diesem Grunde muß man den Beschluß des Familienrats bei Vornahme der Emanzipation im Sinne des Art. 478 C.c.

(176) Siehe zwar §§ 1858 ff. BGB, die aber in Deutschland kaum praktische Bedeutung haben.

(177) Diese weite Auslegung des Wortes "Verrichtung" ist allerdings kein Allheilmittel. Die Auslegung darf nicht zu weit sein. Wo die Grenzen dieser Auslegung liegen, wird unten (C III 2) erläutert.

(178) Siehe in *Traité élém.* I Nr. 2345.

(179) Siehe oben Anm. (166).

(180) Siehe z.B. Art. 375 ff. C.c. in ihrer neuen und alten Fassung. Die neue Fassung hat klar eine Verschiebung zugunsten der staatlichen Behörden gebracht. Einzelheiten hierzu siehe unten C II 3.

als unbedingt notwendig ansehen. Ein bloßer Beschluß eines deutschen Vormundschaftsrichters an Stelle eines Familienrats dürfte aus diesen Gründen für die Entstehung der gewünschten rechtlichen Folge nicht ausreichen. In diesem letzteren Falle ist im Ergebnis Raape und der herrschenden Lehre zuzustimmen.

Auch die Frage, ob ein deutscher Vormundschaftsrichter die Tätigkeit des französischen Friedensrichters im Sinne des Art. 478 II C.c. ausüben kann, ist zu bejahen. Es ist auch hier, wie es oben schon geschah, darauf hinzuweisen, daß im Elsaß und in Lothringen noch altes deutsches Verfahrensrecht (ZPO, ZVG, FGG) und Gerichtsverfassungsrecht (auch das GVG gilt dort noch) in Kraft ist. Die Aufgaben des juge de paix werden dort bei der Emanzipation durch das Vormundschaftsgericht wahrgenommen. Es ist daher sogar in Frankreich möglich, daß ein Vormundschaftsrichter Vorsitzender des Familienrats sein kann, den gefaßten Beschluß beurkunden und anschließend förmlich am Schluß der Urkunde feststellen kann, "daß der Minderjährige nun emanzipiert ist". Daraus kann nur entnommen werden, daß auch ein deutscher Vormundschaftsrichter im gleichen Sinne tätig werden kann. (181) Nicht dagegen darf er an Stelle des Familienrats durch einen Beschluß die Emanzipation vornehmen.

2. Ersetzung der Zustimmung durch eine Justizbehörde

Bevor im folgenden Kapitel weitere zwei Fälle aus dem französischen Familienrecht besprochen werden, ist zunächst kurz auf das französische Ehegüterrecht einzugehen. Der gesetzliche Güterstand in Frankreich entspricht unserem Güterstand der Fahrgemeinschaft (182). Der Mann verwaltet allein das Gesamtgut (Art. 1421 I C.c.) und kann Stücke des Gesamtguts ohne Mitwirkung der Ehefrau veräußern oder belasten (Art. 1421 II). Jedoch bedarf er zur schenkweisen Verfügung über ein Stück des Gesamtguts der Zustimmung der Ehefrau (Art. 1422). Nach Art. 1428 I werden die persönlichen Güter der Frau ebenfalls durch den Mann verwaltet; er kann aber ihre Immobilien nicht ohne ihre Zustimmung veräußern (Art. 1428 III C.c.). Die Frau kann nach Art. 1426 das Gesamtgut nur mit Zustimmung des Mannes verpflichten.

Aus obigen Ausführungen ergibt sich, daß die französische Ehefrau nicht eine so selbständige Stellung hat wie die deutsche. Verschiedene Rechtsgeschäfte kann sie nur abschließen, wenn ihr Mann mitwirkt. Andere wiederum kann der Mann überhaupt nur allein abschließen. Umgekehrt bedarf aber auch der Mann öfters der Zustimmung der Frau. Es kann vorkommen, daß einer der Ehegatten, der bei einem durch den anderen Ehegatten abzuschließenden Rechtsgeschäft mitwirken müßte, abwesend oder aus sonstigen Gründen verhindert ist, die für die Wirksamkeit des Rechtsgeschäftes erforderliche Zustimmungserklärung abzugeben. Es kann auch sein, daß dieser Ehegatte die Zustimmung aus sachfremden Erwägungen zum Nachteil der Familie verweigert. Um in solchen Fällen dem betroffenen Ehegatten zu helfen und dem Wohl der Familie zu dienen, enthält das französische Recht Vorschriften, aufgrund welcher gewisse Justizbehörden die Befugnis haben, diese fehlenden Zustimmungen zu ersetzen. Nach den Art. 217 und 219 C.c., welche aber nicht nur für den gesetzlichen, sondern für jeden Güterstand gelten, kann durch einen justizbehördlichen Akt eine Zustimmung ersetzt

(181) Siehe hierzu oben Anmerkung (169), wo dargelegt wurde, daß die französische Praxis solche und ähnliche Tätigkeiten eines deutschen Vormundschaftsrichters, die absolute Wirkungen haben, anerkennen dürfte.

(182) Vergl. Art. 1400, 1401 ff. C.c. mit §§ 1549 ff. BGB.

oder eine Vertretungsmacht eingeräumt werden. Darauf ist näher einzugehen:

- a) Die Frau möchte z.B. einen Gegenstand des Gesamtguts veräußern, kann dies jedoch nicht ohne Zustimmung ihres Mannes (183). Verweigert der Mann seine Zustimmung und liegt diese Weigerung nicht im Interesse der Familie, oder ist es ihm aus tatsächlichen Gründen (z.B. Abwesenheit) nicht möglich zuzustimmen, dann kann sich die Frau "durch die Justiz" (par justice, Art.217 I) die Einwilligung (autorisation) dazu geben lassen, das Rechtsgeschäft ohne diese sonst erforderliche Zustimmung des Ehemannes abzuschließen.
- b) Der Ehemann, der nach französischem Recht der Familienvorstand ist (chef de famille), kann außerstande sein, seine Pflichten als Familienvorstand wahrzunehmen. Die Gründe hierfür zählt Art.213 III C.c. auf: Er kann wegen Unfähigkeit (incapacité, er ist z.B. entmündigt), er kann auch wegen Abwesenheit oder aus sonstigen Gründen tatsächlich verhindert sein, für die Familie zu sorgen. In diesen Fällen muß die Frau ihn ersetzen (Art.213 III C.c.). Die Frau kann sich wiederum "durch die Justiz" (Art.219) dazu ermächtigen lassen (habilitation), ihren Mann entweder allgemein oder für einzelne Angelegenheiten im Rahmen der Rechte, die sonst dem Mann nach den Art.1421 bis 1428 C.c. zustehen, zu vertreten (Art.219 i.V.m.Art.1427 C.c.). Die Bedingungen und der Umfang dieser Vertretungsmacht werden durch den Richter bestimmt (Art.219 II) (184).

Wir haben auch im deutschen Recht behördliche Zustimmungen, welche mit den oben beschriebenen aus dem französischen Recht vergleichbar sind. Im Güterstand der Verwaltung und Nutznießung (185) konnte das Vormundschaftsgericht auf Antrag der Frau die Zustimmung des Mannes ersetzen, wenn die Frau diese zur ordnungsgemäßen Besorgung ihrer persönlichen Angelegenheiten für ein Rechtsgeschäft bedurfte und der Mann die Zustimmung ohne ausreichende Gründe verweigerte (§ 1402 BGB). Nach § 1358 BGB konnte der Mann gewisse Arbeitsverhältnisse der Frau kündigen, wenn ihm auf seinen Antrag hin das Vormundschaftsgericht dazu ermächtigte. Die ab 1.7.1958 geltende Fassung des BGB verbietet einem im Güterstand der Zugewinnngemeinschaft lebenden Ehegatten, über sein Vermögen im ganzen und über ihm gehörende Gegenstände des ehelichen Haushalts ohne Einwilligung des anderen Ehegatten zu verfügen (§§ 1365 I 1 und 1369 I). Jedoch kann auch hier wieder das Vormundschaftsgericht die fehlende Einwilligung unter gewissen Voraussetzungen ersetzen (siehe §§ 1365 II und 1369 II).

Das in Frankreich vorgeschriebene Verfahren zur Erteilung der oben beschriebenen Zustimmung oder der Vertretungsmacht durch eine Behörde richtet sich nach den Art.861 ff. C.pr.c. Die Frau muß einen Antrag (requête) beim Präsidenten des Gerichts erster Instanz (tribunal de première instance) stellen, der begründet werden muß. Handelt es sich um die Einräumung einer Vertretungsmacht im Sinne des Art.213, dann muß die Frau die Tatsachen angeben, die den Mann daran hindern, seine Pflichten als Familienvorstand wahrzunehmen. Hierauf wird ein Richter der Kammer, die zu entscheiden haben wird, damit beauftragt, sich mit der Sache zu befassen. Auch ein Vertreter des ministère public (Staatsanwaltschaft) ist in diesem Verfahren beteiligt, der die erforderlichen Ermittlungen vorzunehmen

(183) Siehe den oben genannten Art.1426 C.c.

(184) Art.219 wurde durch Gesetz vom 22.9.1942 neu gefaßt. Im ursprünglichen Code Napoléon fehlte der zweite Absatz.

(185) Es soll im Rahmen dieser Arbeit nicht darauf eingegangen werden, welche der Bestimmungen des Familienrechts nach Art.3 II i.V.m. 117 GG noch anwendbar sind. Es soll nur dargelegt werden, daß die beiden geschilderten behördlichen Ermächtigungen aus dem französischen Recht mit ähnlichen Fällen aus dem deutschen Recht vergleichbar sind.

hat. Die Kammer entscheidet durch Urteil, nachdem der beauftragte Richter seinen Bericht gegeben und der Staatsanwalt das Ergebnis seiner Ermittlungen und seine Ansicht dargelegt hat (Art. 863 C.pr.c.) (186). Den Umfang der der Frau einzuräumenden Befugnis bestimmt die Kammer. Es handelt sich hier um ein Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit (187). Der Staatsanwalt hat einmal das öffentliche Interesse zu wahren; zum anderen hat er die Aufgabe, die Interessen des Antragsgegners zu wahren, wenn dieser entweder abwesend oder aus einem sonstigen Grunde außerstande (er ist z.B. entmündigt) ist, das Verfahren zu seinen Gunsten zu beeinflussen (188).

Ein deutsches Vormundschaftsgericht - denn dieses wäre nach deutschem Verfahrensrecht allein zuständig (§§ 45, 36 II FGG) - kann die oben beschriebenen Verrichtungen nicht vornehmen. Es ist nach deutschem Verfahrensrecht undenkbar, daß ein Staatsanwalt in einem Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit tätig wird. Außerdem bedürfte es einer Mitwirkung der Staatsanwaltschaft nach deutschem Recht deswegen nicht, weil ein deutsches Vormundschaftsgericht von Amts wegen die zur Feststellung der Tatsachen erforderlichen Ermittlungen vorzunehmen und die geeignet erscheinenden Beweise aufzunehmen hat (§ 12 FGG). Weiterhin ist zu beachten, daß die Art. 861 ff. C.pr.c. Normen des französischen Verfahrensrechts sind, auf welches die deutschen Kollisionsnormen nicht verweisen. Obwohl es aus diesen Gründen so scheint, als ob man in Deutschland auf die Mitwirkung der Staatsanwaltschaft verzichten könnte, kann ein deutsches Vormundschaftsgericht trotzdem auf einen entsprechenden Antrag hin eine der oben beschriebenen Zustimmungen im Sinne der Art. 217 und 219 C.c. nicht ersetzen. Dies sind zwei Fälle, in denen das zugrunde zu legende ausländische materielle Recht nicht mit deutschem Verfahrensrecht in Verbindung gebracht werden kann, weil beide Rechtsgebiete nicht aneinander anpassbar sind (siehe oben B II 3). Das deutsche Verfahrensrecht "korrespondiert" nicht mit dem französischen Sachrecht. Das französische Recht verlangt einmal ein Richter Collegium und zum anderen einen Staatsanwalt. In Deutschland könnte demgegenüber nur ein einzelner Richter tätig werden. Angesichts dieser erheblichen Unterschiede ist außerdem anzunehmen, daß das französische Recht die Tätigkeit eines deutschen Vormundschaftsrichters nicht anerkennen würde (vergl. oben B II 3) (189). Aus diesen Gründen kann ein deutscher Vormundschaftsrichter weder eine Zustimmung im Sinne des Art. 217 C.c. ersetzen, noch kann er eine Ermächtigung im Sinne des Art. 219 C.c. geben.

3. Erziehungsmaßnahmen durch richterliche Anordnung. Art. 375 ff. C.c.

Nach französischem Recht kann der Vater unter der Voraussetzung, daß sein Kind ihm triftige Gründe dafür gibt (*sujets de mécontentement très graves*), dieses durch richterliche Entscheidung in eine Erziehungsanstalt oder zu einer Person bringen lassen, welche beauftragt und geeignet ist, das Kind richtig zu erziehen. Früher (Art. 376 ff. C.c. a.F.) konnte der Vater sein Kind sogar ins Gefängnis sperren lassen. Die Voraussetzung hierfür war ein entsprechender Antrag an eine Justizbehörde, welche, abgesehen von einigen Ausnahmen, sogar an den Antrag gebunden war und das Kind in das Gefängnis bringen lassen mußte (190). Ein derartig weitgehendes Recht des

(186) Siehe Planiol, *Traité pr.I* Nr. 57.

(187) Siehe Morel Nr. 79, insbesondere S. 85.

(188) Vergl. Morel Nr. 157; Planiol, *Traité pr.I* Nr. 57.

(189) Französische Rechtsprechung zu dieser Frage war nicht auffindbar.

(190) Siehe Planiol, *Traité élém.I* Nr. 1909, 1910.

Erziehungsberechtigten besteht heute nicht mehr. Die Art. 375 ff. C.c. sind inzwischen neu gefaßt worden (191). Die eben beschriebenen früheren Rechte des Vaters, die Strafcharakter hatten, wurden abgeändert und durch die bereits genannten neuen Möglichkeiten ersetzt, welche nur noch ein scharfes Erziehungsmittel darstellen (192).

Der Vater muß, um die genannten Erziehungsmittel durchsetzen zu können, einen entsprechenden Antrag (193) an den Präsidenten des Gerichts erster Instanz stellen. Der Präsident nimmt daraufhin die erforderlichen Ermittlungen vor. Er muß prüfen, ob die vorgekommenen Ereignisse schwer genug sind, damit diese scharfe Erziehungsmaßnahme gerechtfertigt ist (194). Im Laufe dieser Untersuchungen kann der Präsident vorläufige Maßnahmen anordnen und kann den Minderjährigen z.B. jetzt schon einer Erziehungsanstalt anvertrauen (Art. 376 II C.c.). Er kann daraufhin, nachdem er seine Untersuchungen abgeschlossen hat, folgendes tun: Er kann jede Maßnahme ablehnen; er kann das Kind einer hierfür geeigneten Person übergeben, die beauftragt wird, es zu beaufsichtigen und zu erziehen; er kann den Minderjährigen aber auch in eine Erziehungsanstalt einweisen (195).

Ein deutscher Vormundschaftsrichter, bei dem ein in Deutschland lebender Franzose beantragt, gegen dessen ebenfalls in Deutschland lebendes Kind eine der eben genannten Maßnahmen anzuordnen, hat sich folgendes zu überlegen: Die internationale Zuständigkeit ist gegeben (arg. § 43 i.V.m. § 36 II FGG). Ein formelles Hindernis könnte Art. 23 EG BGB bereiten (196). Dieser Art. 23 bestimmt, daß eine Vormundschaft über einen Ausländer im Inland auch dann angeordnet werden kann, wenn der Ausländer nach den Gesetzen seines Heimatstaats der Fürsorge bedarf und dieser Heimatstaat die Fürsorge nicht übernimmt. Für die Frage, ob Art. 23 EG BGB der oben beschriebenen Tätigkeit im Sinne der Art. 375 ff. C.c. entgegensteht, ist entscheidend, wie Art. 23 auszulegen ist. Nur wenn diese Bestimmung weit auszulegen ist, würde sie ein Hindernis bereiten. Nach überwiegender Meinung (197) ist Art. 23 eng auszulegen. Dem ist beizutreten, da gerade bei Behandlung der hier in Frage kommenden Fälle ein öffentliches Interesse an einem alsbaldigen Eingreifen des Vormundschaftsgerichts besteht. Eine weite Auslegung des Art. 23 EG BGB würde in vielen Fällen die deutschen Vormundschaftsgerichte in ihrer Tätigkeit hemmen. Man würde diese Gerichte zwingen, nicht nur dann bei den Behörden des Heimatstaats des Betroffenen anzufragen, ob die Fürsorge übernommen wird, wenn eine Vormundschaft oder Pflegschaft angeordnet werden soll, sondern darüber hinaus in zahlreichen weiteren Fällen. Dieses Hemmnis könnte auch mit Art. 23 II nicht beseitigt werden; denn auch diese Vorschrift wird durch die h.L. eng ausgelegt (198).

Für die hier angeschnittene Frage kommt es darauf an, in welchem Sinne das Wort "Fürsorge" in Art. 23 I zu verstehen ist. Es ist entscheidend, daß die hier beabsichtigten oben näher beschriebenen Maßnahmen aus dem französischen Recht keine Vormundschaft oder Pflegschaft darstellen. Art. 23 meint nur eine solche "Fürsorge", die zur Anordnung einer Vormundschaft oder

(191) Durch eine Verordnung vom 1.9.1945; siehe hierzu auch Planiol, *Traité* pr. I Nr. 342.

(192) So Planiol, *Traité* pr. I Nr. 342.

(193) Auch andere haben dieses Antragsrecht; siehe Art. 375 C.c.

(194) Vergl. Art. 376 C.c.; Planiol, *Traité* pr. Bd. I Nr. 344 und *Traité* élém. I Nr. 1912.

(195) Vergl. Art. 377 II C.c.; Planiol, *Traité* pr. Bd. I Nr. 346, 347 und *Traité* élém. I Nr. 1915 und 1916.

(196) Art. 2 EG BGB ist streng genommen eine Bestimmung des internationalen Verfahrensrechts und nicht des internationalen Privatrechts; so auch Raape, Art. 23 A I; vergl. auch Palandt-Lauterbach, Art. 23, 1 EG BGB.

(197) Siehe Schlegelberger § 36 VII 1; Planck Art. 23, 2 b; Raape Art. 23 F, Art. 19 B X 5 und C II 2 sowie die dort zitierte Rechtsprechung; Habicht-Greif S. 177 IV; Palandt-Lauterbach Art. 23, 1 EG BGB und dort zitierte Rechtsprechung.

(198) Vergl. Raape, Art. 23 B III 7 und die dortigen Zitate aus Schrifttum und Rechtsprechung, insbesondere KG, OLG 32, 31.

Pflegschaft führen kann. Da eine derartige Anordnung hier jedoch nicht das Ziel der Tätigkeit des Richters sein soll, kann Art. 23 EG BGB nicht angewendet werden. Art. 23 bereitet somit kein Hindernis, so daß der deutsche Vormundschaftsrichter die Art. 375 ff. C.c. anwenden und in dem dort beschriebenen Sinne tätig werden kann. Weitere Hindernisse sind nicht vorhanden. Dem deutschen Richter ist außerdem eine derartige Tätigkeit nicht fremd, da das deutsche Recht ähnliche Verrichtungen der Vormundschaftsgerichte (Schutzaufsicht und Fürsorgeerziehung) kennt.

Ein deutscher Richter wird jedoch dann die Art. 375 ff. C.c. nicht anwenden, wenn er eine Fürsorgeerziehung über einen minderjährigen Franzosen anordnen will und die Voraussetzungen des § 63 JWG gegeben sind. In diesem Falle wird er nämlich der h.L. (199) zufolge trotz des scheinbar entgegenstehenden Wortlauts des § 1 JWG deutsches Recht anwenden (also §§ 62 ff. JWG). Das Reichsgericht (200), dessen Begründung sich die übrigen oben unter Anmerkung (199) Zitierten im großen und ganzen angeschlossen haben, führt aus, eine Fürsorgeerziehung sei ein Akt der öffentlichen Zwangsgewalt mit polizeilichem Charakter, da ja nicht nur der Jugendliche selbst, sondern auch die Allgemeinheit vor diesem Jugendlichen geschützt werden solle. Aus diesem Grunde seien die Art. 7 ff. EG BGB nicht anwendbar, wenn es sich um die Anordnung einer Fürsorgeerziehung handle.

4. Annahme unter der Rechtswohltat des Inventars

Auch im französischen Recht kann der Erbe eine Haftungsbeschränkung herbeiführen (siehe Art. 793 ff. C.c.). Hierzu ist es zunächst erforderlich, daß der Erbe der Gerichtsschreiberei des Gerichts erster Instanz, in dessen Bezirk die Erbschaft eröffnet wurde, die Erklärung abgibt, daß er "nur unter der Rechtswohltat des Inventars" (*sous bénéfice d'inventaire*) die Erbschaft annehme. Art. 793 C.c. bestimmt weiter, daß diese Erklärung in ein Ausschlagungsregister einzutragen ist. Die Erklärung hat nur dann die erhoffte Wirkung, wenn vor oder nach ihrer Abgabe ein getreues und genaues Inventar über die Güter der Erbschaft in den durch die Gesetze über das Prozeßverfahren geregelten Formen (201) und innerhalb gewisser Fristen (202) errichtet wird (Art. 794 C.c.). Wenn dies ordnungsgemäß eingehalten wurde, treten die Wirkungen ein, die der Erbe gewollt hat: Der Erbe haftet für die Zahlung der Nachlaßverbindlichkeiten nur bis zum Betrage des Wertes des geerbten Vermögens (Art. 802 C.c.). Er kann sich sogar von der Verpflichtung, die Nachlaßschulden bezahlen zu müssen, ganz befreien, indem er den Gläubigern die gesamte Erbmasse überläßt (also eine Vollstreckungspreisgabe). Außerdem wird das Vermögen des Erben nicht mit der Erbmasse vermengt (*separatio bonorum*).

Das Inventar muß in den Formen, die im Prozeßrecht geregelt sind (203) aufgenommen werden. Damit sind die Art. 941 ff. C.d.pr.c. gemeint. Es ist unnötig, alle Einzelheiten aufzuzählen. Wichtig ist allein die Tatsache, daß das französische Verfahrensrecht die Aufnahme eines öffentlichen Inventars verlangt, was durch einen Notar zu geschehen hat.

(199) Siehe RGZ 117, 376 und "Zentralbl. der deutsch. Jugend" Bd. 25 S. 176, 177; Riedel, Allgem. Vorbem. S. 25 und Abschnitt VI, Vorbem. 6; Bundesamt für Heimatwesen in BAH Bd. 81 S. 104. Vergl. außerdem Raape Art. 19 B X 6 und Art. 23 F II mit dortigen Zitaten. Weiterhin: BayObLG, IPRspr. 1950-51 Nr. 109.

(200) Siehe RGZ 117, 376 ff.

(201) Gemeint sind die Art. 941 ff. C.pr.C.

(202) Siehe Art. 795 C.c.: Die Frist für die Errichtung des Inventars beträgt drei Monate. Außerdem werden den Erben, damit er sich überlegen kann, ob er annehmen oder ausschlagen will, noch 40 Tage zugestanden. Diese beginnen vom Tage des Ablaufs der drei Monate oder vom Tage des Abschlusses des Inventars, wenn dieses früher beendet wurde, zu laufen.

(203) "Dans les formes réglées par les lois sur la procédure", siehe Art. 794 C.c.

Die Frage, ob ein deutsches Nachlaßgericht die Erklärung einer Erbschaftsannahme unter Inventarvorbehalt entgegennehmen darf, ist umstritten. Es wurde oben (B I 3 a und B II 2) gezeigt, daß die h.L. die deutschen Nachlaßgerichte bei ausländischem Erbstatut - abgesehen von einigen Ausnahmen - für unzuständig erklärt. Dieser Ansicht wurde entgegengetreten und das Gegenteil dargelegt. Auf diese allgemeinen Fragen braucht hier nicht mehr eingegangen zu werden. Es ist nur auf einige Meinungen aus dem Schrifttum einzugehen, soweit diese zu der Frage, ob ein deutsches Nachlaßgericht die Erklärung einer Erbschaftsannahme entgegennehmen darf, Stellung nehmen. Raape (204) verneint allgemein die Möglichkeit einer Entgegennahme von Erklärungen Nachlaßbeteiligter durch deutsche Nachlaßgerichte. Er erwähnt dabei insbesondere die Annahme und Ausschlagung. Es wurde oben (B II 2) gezeigt, daß es unrichtig ist, im internationalen Privatrecht generell eine Mitwirkung deutscher Behörden abzulehnen. Reichhof (205) erklärt die deutschen Nachlaßgerichte unter der Bedingung für zuständig, daß die Annahme einer Erklärung kein rechtsgestaltender Akt ist. Daß dieser bloße Hinweis auf die rechtsgestaltende Natur einer Verrichtung nicht genügt, um damit zu begründen, daß die Verrichtung unzulässig ist, wurde ebenfalls oben (B II 8) ausgeführt. Walker (206) lehrt, ein Nachlaßgericht habe die Entgegennahme einer Erklärung nur dann abzulehnen, wenn feststeht, daß sie nach ausländischem Recht unerheblich ist (207). Das ist richtig. Es wurde oben (B II 3) darauf hingewiesen, daß bei derartigen Verrichtungen unserer Gerichte der freiwilligen Gerichtsbarkeit immer zu prüfen ist, ob das zugrunde zu legende ausländische Recht die Tätigkeit der deutschen Behörde und damit die Verrichtung als solche anerkennt. Dies muß auch bei der oben beschriebenen Annahme unter Vorbehalt des Inventars im Sinne des Art. 793 C.c. untersucht werden. Ein deutsches Nachlaßgericht darf somit die Erklärung eines Erben, er nehme die Erbschaft unter der Rechtswohltat des Inventars an, nur dann entgegennehmen, wenn diese Erklärung u.a. dazu beiträgt, die Haftungsbeschränkung herbeizuführen. Dies ist nach französischem Recht zu prüfen. Nach in Frankreich herrschender Auffassung ist es, damit die Wirkung der Haftungsbeschränkung im Sinne des Art. 802 C.c. eintritt, unentbehrlich, daß der Erbe diese Erklärung vor der örtlich zuständigen Gerichtsschreiberei abgibt und daß daraufhin ein Notar ein getreues und richtiges Inventar aufnimmt (208). Auch nach französischer Anschauung ist es unumgänglich notwendig, den Aktivwert der Erbmasse zu kennen (209). Dies wird dadurch gewährleistet, daß dieses Inventar verlangt wird, das ein **ö f f e n t l i c h e s** sein muß. Ein privatschriftliches würde nicht genügen. Diese bisher genannten Anforderungen sind auch in Deutschland mit den hier zur Verfügung stehenden Mitteln erfüllbar. Die Annahmeerklärung kann vor einem deutschen Nachlaßgericht abgegeben werden, und das gleiche Gericht könnte auch das öffentliche Inventar aufnehmen. Eine derartige Tätigkeit ist einem deutschen Nachlaßgericht nicht fremd (siehe § 2003 BGB). Insofern entstehen keine Schwierigkeiten. Nach Art. 793 C.c. muß die Erklärung des Erben, er nehme die Erbschaft unter der Rechtswohltat des Inventars an, in ein Ausschlagungsregister eingetragen werden. Diese Einrichtung ist dem deutschen Recht fremd. Das deutsche Nachlaßgericht, dem die genannte Erklärung abgegeben würde, könnte somit die Erklärung nirgends eintragen. Zwar würde die Erklärung durch diese Unterlassung in ihrer Gültigkeit nicht beeinträchtigt. Die Folge dieser Unterlassung wäre jedoch die, daß der Erbe die Haftungsbeschränkung niemanden

(204) Art. 25 G I 5.

(205) S. 73.

(206) S. 889.

(207) Vergl. hierzu auch Niemeyer, NZ XIII S. 51, Anm. 2 und S. 54 bis 56.

(208) Vergl. Planiol, Traité élém. III Nr. 2432; Planiol-Ripert, Traité pr. IV Nr. 305; Fuzier-Herman II Art. 794 Nr. 4 und 8; Dalloz IV S. 359. 3. Spalte.

(209) Vergl. Planiol, Traité élém. III Nr. 2432.

entgegenhalten könnte (210). Dies ist im Ergebnis das gleiche, als wenn der Erbe unbeschränkt haften würde. Daraus ergibt sich, daß das französische Recht auf die Publizitätswirkungen des Ausschlagungsregisters nicht verzichten kann. Es ist somit nicht möglich, mit in Deutschland vorhandenen Einrichtungen für einen Erben die Haftungsbeschränkung herbeizuführen, wenn französisches materielles Recht zugrunde zu legen ist. Will also der Erbe eines Nachlasses, der französischem Recht unterliegt, vor einem deutschen Nachlaßgericht die Erklärung abgeben, er nehme die Erbschaft unter der Rechtswohlthat des Inventars an, dann ist diese Erklärung nach französischem Recht unbeachtlich, da sie nicht in ein Ausschlagungsregister eingetragen werden kann. Das französische Recht würde diese Erklärung ohne Eintragung zur Herbeiführung der Haftungsbeschränkung als nicht genügend ansehen. Eine derartige Erklärung darf ein deutsches Nachlaßgericht somit nicht entgegennehmen (211).

III. Fälle aus dem Schweizer Recht

1. Regelung des Rechtsverhältnisses geschiedener Eheleute zu ihren Kindern

Läßt sich ein in Deutschland lebendes Schweizer Ehepaar hier scheiden, dann ist sowohl beim Scheidungsprozeß als auch bei der Regelung des Rechtsverhältnisses der Eltern zu ihren Kindern Schweizer Recht anzuwenden (Art. 17 und 19 EG BGB). Nach Art. 156 ZGB hat der Richter über die Gestaltung der Elternrechte und der persönlichen Beziehungen zu ihren Kindern die nötigen Verfügungen nach Anhören der Eltern und nötigenfalls auch der Vormundschaftsbehörde zu treffen. Diese Regelung des Eltern-Kinder-Verhältnisses erfolgt im Scheidungsurteil und ist daher Teil dieses Urteils (212). Für die Dauer des Prozesses hat der Schweizer Scheidungsrichter vorsorgliche Maßregeln zu treffen (Art. 145 ZGB). Die im Scheidungsurteil getroffene Regelung kann durch neue erforderliche Anordnungen ersetzt werden, wenn sich "die Verhältnisse infolge von Heirat, Wegzug, Tod oder aus sonstigen Gründen verändern sollten" (Art. 157 ZGB). Auch diese Regelung erfolgt durch Urteil in einem Verfahren der streitigen Gerichtsbarkeit durch den gleichen Richter, der die Ehe geschieden hatte (213). Der Grund für diese Regelung ist der, daß die vom Scheidungsrichter getroffenen Maßregeln nur durch ihn wieder abgeändert werden sollen (214). Dringliche vorläufige Maßregeln sind auch in diesem Prozeß möglich. Wie und wann sie erfolgen dürfen, ist jedoch nicht im ZGB, sondern im jeweiligen kantonalen Prozeßrecht geregelt (215).

In Deutschland wird das Rechtsverhältnis der Eltern zu ihren Kindern nach der Ehescheidung durch das Vormundschaftsgericht im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit geregelt (siehe § 74 EheG und §§ 35 ff., 43 FGG). Diese Befugnis haben die Schweizer Vormundschaftsbehörden nicht. Eine Schweizer Vormundschaftsbehörde darf nach Verkündung eines der oben genannten Urteile die elterliche Gewalt nicht abweichend von diesen Urtei-

(210) Siehe Juliot de la Morandière I Nr. 75, 2.

(211) Vergl. Walker S. 889 und in dieser Arbeit oben B II 3.

(212) Vergl. Gmür, Art. 156 II 1 und 5; Egger, Art. 156 a bis d.

(213) Vergl. hierzu Egger, Art. 157, 1 und Gmür, Art. 156 II 5 und Art. 157, 2.

(214) Siehe BGE 48 II 303 ff.

(215) Egger, Art. 157, 5.

len regeln. Tut sie es doch, dann wäre nach Schweizer Ansicht diese Regelung ungültig, und die Verhältnisse würden in der Weise bestehen bleiben, wie sie der Richter gestaltet hatte (216). Die Vormundschaftsbehörde darf nur zusätzliche Anordnungen erlassen, die der richterlichen Regelung nicht widersprechen (217). Auch darf nach Ansicht des Schweizer Bundesgerichts der Richter seine Befugnis nicht an die Vormundschaftsbehörde delegieren (218). Früher wurde in der Schweiz die Zuständigkeit des ordentlichen Gerichts als eine ausschließliche angesehen (219).

Bei dieser Rechtslage ist es fraglich, ob ein deutsches Vormundschaftsgericht das Verhältnis geschiedener Eheleute zu ihren Kindern im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit regeln kann, wenn es Schweizer materielles Recht zugrunde zu legen hat. Auf diese Frage kann jedoch erst dann eingegangen werden, wenn vorab geprüft wurde, ob diese Regelung im Inland nicht vielleicht ebenfalls im Verfahren der streitigen Gerichtsbarkeit durch Urteil erfolgen könnte. Das ist zu verneinen. Bei einer derartigen Regelung des Eltern-Kinderverhältnisses muß in erster Linie auf das Wohl der Kinder Rücksicht genommen werden. Dies erfordert aber, daß der entscheidende Richter hinsichtlich der von ihm zu berücksichtigenden Tatsachen nicht an den Parteienvortrag gebunden sein darf, vielmehr von Amts wegen den Sachverhalt aufklären dürfen muß. Im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit ist das möglich (§ 12 FGG). Das deutsche Zivilprozeßrecht erfüllt diese Forderung jedoch nicht (siehe §§ 606 ff. ZPO). Zwar gilt im deutschen Scheidungsverfahren innerhalb gewisser Grenzen der Untersuchungsgrundsatz (siehe §§ 617, 622 ZPO). Das bedeutet jedoch nicht, daß ein deutsches Scheidungsgericht alle ihm erheblich erscheinenden Tatsachen ohne Beachtung des Parteienvortrags ermitteln kann. § 622 II zieht die Grenzen, wenn es sich um eine Scheidungsklage handelt: Nur die Tatsachen, die der Aufrechterhaltung der Ehe dienen, kann das Gericht gegen den Widerspruch der die Auflösung der Ehe begehrenden oder ihre Herstellung verweigernden Partei berücksichtigen. Die gleichen Grenzen sind dem zur Mitwirkung in Ehesachen befugten Staatsanwalt gesetzt (§ 607 III ZPO). Im übrigen gilt die Parteimaxime. Hieraus ergibt sich, daß in Deutschland kein geeignetes Verfahren für Art. 156 ZGB vorhanden ist (220). Man kann diese beiden Rechtsgebiete nicht miteinander verbind-

(216) Egger Art. 156, 5 a.

(217) Siehe Egger Art. 145 II 3 c.

(218) BGE 51 II 1 ff. und 47 II 15 ff.

(219) Vergl. Egger Art. 157, 4.

(220) Dieser Hinderungsgrund kann auch nicht durch eine analoge Anwendung der §§ 622 I i.V.m. 640 I und 653 ZPO ausgeschaltet werden. Einmal weicht das deutsche Scheidungsverfahren erheblich von dem normalen Verfahren der ZPO ab, da es zum Teil andere Aufgaben zu erfüllen hat. Im deutschen Scheidungsverfahren muß ein Sühneversuch vorangehen, ist eine Mitwirkung des Staatsanwalts möglich, sind Anspruchshäufung und Widerklage beschränkt, ist die Klageänderung erleichtert, ist die Verhandlung nicht öffentlich, ist die Prozeßfähigkeit erweitert, ist die Aussetzung teilweise anders geregelt und greifen darüber hinaus öffentliche Interessen ein. Das deutsche Scheidungsverfahren ist dazu geschaffen, um diese Voraussetzungen zu erfüllen. Würde man die oben erwähnten Vorschriften analog anwenden, dann würde dieses Verfahren in seinem Wesen verändert. Es wären dann Fälle denkbar, in denen die oben genannten Belange wegen des Wohles der Kinder zurücktreten müßten. Zum anderen würde die oben genannte analoge Anwendung bedeuten, daß die §§ 35 ff FGG teilweise ausgeschaltet und die Aufgaben des Vormundschaftsrichters teilweise dem Scheidungsrichter aufgebürdet würden. Etwas Derartiges ließe sich kaum aus dem Gesetz rechtfertigen. Weiterhin wäre der deutsche Scheidungsrichter hinsichtlich der von Amts wegen zu ermittelnden Tatsachen teilweise durch § 622 II ZPO beschränkt, teilweise aber durch § 12 FGG verpflichtet, gewisse Umstände aufzuklären. Es könnte daher zu Überschneidungen kommen, die den Richter zum Nachteil der Parteien oder der Kinder in seiner Tätigkeit hemmen könnten. Es ist z.B. denkbar, daß der die Ehescheidung begehrende Ehemann eine Erörterung der durch die Ehefrau begangenen schweren Vernachlässigungen des Ehemannes und der gemeinsamen Kinder nicht wünscht (der Ehemann stützt seine Klage etwa auf schwere Beleidigungen, die die Ehefrau ihrem Mann gegenüber vor Zeugen äußerte). Was soll der Richter tun? § 622 II ZPO verbietet, darüber Beweis zu erheben. Dagegen wäre der Richter durch § 12 FGG genötigt, gerade diesen Umstand restlos aufzuklären. Diesem Beispiel läßt sich unschwer entnehmen, daß die oben erwähnte analoge Anwendung für den Richter oft Pflichtenkollisionen mit sich bringen würde und daß sich dies stets zum Nachteil der Parteien oder der Kinder auswirken würde.

den (vergl. oben B II 2). Das gleiche muß erst recht dann gelten, wenn es sich darum handelt, die erste unmittelbar nach der Scheidung getroffene Regelung des Verhältnisses der Eltern zu ihren Kindern im Sinne des Art. 157 ZGB abzuändern. Hier fehlt ein Verfahren im deutschen Zivilprozeß völlig. Auch die §§ 627 und 627 a ZPO können diese Lücke nicht überbrücken. Nach diesen beiden Bestimmungen kann das Scheidungsgericht Anordnungen über die Personensorge der gemeinschaftlichen Kinder für die Dauer des Rechtsstreits treffen, soweit es sich nicht um die gesetzliche Vertretung handelt. Die Anordnungen bleiben im Falle der Auflösung der Ehe so lange wirksam, bis das Vormundschaftsgericht eine andere Anordnung getroffen hat. Diese Möglichkeiten sind kein Ersatz für das Verfahren vor dem Vormundschaftsgericht nach §§ 35 ff. FGG. Einmal gestatten die §§ 627 und 627 a nur eine Regelung der Personensorge, welche noch nicht einmal die gesetzliche Vertretung umfassen darf. Zum anderen wird eine derartige vorläufige Anordnung nur aufgrund des im Scheidungsverfahren ermittelten - meistens noch unvollkommenen - Sachverhalts getroffen. Es ist hier dasselbe zu sagen wie oben. Der Richter hat nicht die Befugnis, den Sachverhalt unabhängig vom Parteienvortrag aufzuklären, um auf diese Weise alle Tatsachen zu ermitteln, die für eine Entscheidung zum Wohl der Kinder von Bedeutung sind. Diese Lücke kann auch § 139 ZPO nicht schließen. Hiernach kann ein Gericht zwar den Parteien aufgeben, sich über gewisse Tatsachen zu erklären. Das Gericht hat aber, falls die Parteien - oder auch nur eine von ihnen - sich weigern, weder Zwangsbefugnisse, noch kann es von Amts wegen Ermittlungen vornehmen. Es besteht lediglich die Möglichkeit, den evtl. später nachgeholten Parteivortrag nicht mehr zu berücksichtigen (§ 279 a, Satz 2 ZPO). Damit dürfte jedoch in den meisten Fällen den Interessen der Kinder wenig gedient sein. Aus diesen Gründen ist es nicht möglich, daß ein deutsches Scheidungsgericht das Rechtsverhältnis der Eltern zu ihren Kindern im Sinne der Art. 156 und 157 ZGB im Verfahren der streitigen Gerichtsbarkeit durch Urteil regelt. Das deutsche Verfahrensrecht kann hier nicht mit den beiden genannten Artikeln des Schweizer ZGB verbunden werden.

Die oben gestellte Frage, ob ein deutsches Vormundschaftsgericht tätig werden kann, ist zu bejahen. Die internationale Zuständigkeit ist gegeben (§§ 43, 36 II FGG). Die starre Ansicht der Schweizer Literatur und Rechtsprechung, welche eine Regelung der elterlichen Gewalt nach der Scheidung nur durch den Scheidungsrichter zulassen will, hat sich in letzter Zeit gelockert, und es wird immer mehr versucht, der Vormundschaftsbehörde mehr Rechte als bisher einzuräumen (221). Es wird darauf hingewiesen, daß der Scheidungsrichter nur die "nötigen Verfügungen" treffen muß (Art. 156 I). Daraus kann geschlossen werden, daß eine schon früher erfolgte Entziehung der elterlichen Gewalt durch die Vormundschaftsbehörde wirksam bleibt (222). Sie bleibt in diesem Falle sogar für eine neue Regelung zuständig (arg. Art. 287 ZGB). Sodann weist Egger (223) auf einen anderen Fall hin, in welchem sich nach seiner Meinung eine richterliche Abänderung erübrigt und die Vormundschaftsbehörde zuständig sein soll: Wenn der elterliche Teil, dem die Kinder entzogen worden sind, stirbt, dann entfällt die Aufgabe, die richtige Wahl zu treffen. Soll jetzt dem elterlichen Teil, dem die Kinder zugesprochen wurden, aus Gründen der vormundschaftlichen Fürsorge die elterliche Gewalt entzogen werden, dann sollen sich Zuständigkeit und Verfahren nach den Art. 283 ff ZGB bestimmen, nicht anders als gegenüber einem überlebenden Elternteil aus nicht geschiedener Ehe. Egger behauptet, es sei auch zu Lebzeiten beider Eltern besser, Maßnahmen, wie etwa die Entziehung der elterlichen Gewalt oder Anordnung einer Vormund-

(221) Siehe Egger, Art. 157, 4 und 156, 5; Gmür, Art. 157, 2.

(222) Egger, Art. 156 Nr. 5 und Art. 157 Nr. 4.

(223) Art. 157 Nr. 4.

schaft gemäß Art. 285 ZGB dem vormundschaftlichen Verfahren vorzubehalten, da dieses rascher, wirksamer und weniger kostspielig sei. Die Interessen des anderen Ehegatten würden nicht verletzt, da es ihm unbenommen bleibe, vom Gericht gemäß Art. 157 ZGB die Zuweisung an ihn zu verlangen.

Diesen Ausführungen im Schweizer Schrifttum kann entnommen werden, daß das Schweizer materielle Recht nicht lediglich eine Regelung durch den Scheidungsrichter anerkennen würde. Es wird sogar teilweise im Schweizer Schrifttum gelehrt, es sei Sache des kantonalen Rechts zu bestimmen, ob diese Regelung in einem ordentlichen Zivilprozeß oder in einem anderen Verfahren zu erfolgen hat (224). Schon in diesem älteren Werk (erschienen 1911) wurde an die Möglichkeit gedacht, die elterliche Gewalt über die Kinder nach einer Scheidung in einem Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit zu regeln. Das Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit bietet außerdem den in Deutschland lebenden Schweizer Bürgern dieselbe Sicherheit, den gleichen Rechtsschutz und die gleiche Gewähr dafür, daß dem Wohle der Kinder gedient wird, wie dies in einem Verfahren der streitigen Gerichtsbarkeit der Fall wäre. Dem kann nicht entgegengehalten werden, daß das Verfahren der streitigen Gerichtsbarkeit den Vorteil hat, daß eine mündliche Verhandlung in ihm enthalten ist. Hierzu ist einmal zu sagen, daß der Grundsatz der Mündlichkeit heute nicht mehr so starrer Natur ist und nicht mehr unbedingt gilt, wie dies in der Fassung der ZPO vom 30.1.1877 der Fall war. Schon § 128 II ZPO zeigt, daß die Mündlichkeit nicht mehr ein der Parteidisposition schlechthin entzogener Fundamentalsatz des zivilprozessualen Verfahrens ist. Darüber hinaus ist in vielen Fällen die mündliche Verhandlung nicht obligatorisch (z.B. §§ 37 I, 46 I, 102 II 1, 104 III 3, 109 III 2, 271 III 4, 515 III 3 ZPO), sondern es liegt hier im Ermessen des Richters, ob er mündlich verhandeln will oder nicht. In einigen Fällen schaltet die ZPO die Mündlichkeit sogar ganz aus (z.B. bei Terminsbestimmung, Prozeßverbindung oder bei schriftlichem Nachbringen nach § 272 a ZPO). Schon hieraus ergibt sich, daß der Grundsatz der Mündlichkeit heute weder bedeutend noch entscheidend ist. Es kommt hinzu, daß in der Praxis in vielen Fällen auf eine mündliche Verhandlung verzichtet wird. Falls die Parteien durch Anwälte vertreten sind - und das ist vor den Landgerichten grundsätzlich immer der Fall -, besteht die mündliche Verhandlung oft nur darin, daß sich die Anwälte auf die von ihnen verfaßten und dem Gericht vorgelegten Schriftsätze beziehen.

Zum anderen ist zu sagen, daß der Grundsatz der Mündlichkeit der Verhandlung, selbst wenn er noch uneingeschränkt gelten würde, den Parteien keinen nennenswerten Vorteil bringen würde; denn die Möglichkeit, dem Gericht Schriftsätze vorzulegen, besteht in der freiwilligen Gerichtsbarkeit ebenso. Der Richter der freiwilligen Gerichtsbarkeit ist auch ebenso wie derjenige der streitigen verpflichtet, die eingereichten Schriftsätze zu lesen; denn vor Gericht hat jedermann Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 103 I GG). Diese Bestimmung des Bonner Grundgesetzes ist geltendes Recht. Sie gilt für jedes Verfahren vor jedem Gericht (225). Das Anhören kann auch schriftlich erfolgen (226). Die Tatsache, daß das streitige Verfahren eine mündliche Verhandlung enthält, die dem Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit fehlt, bringt somit in der Praxis kaum einen Vorteil.

Zwar haben die Parteien im Zivilprozeß das Recht der Akteneinsicht (§ 299 I ZPO), während die Beteiligten im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbar-

(224) Curti-Forrer, Art. 157, 4.

(225) Vergl. BVerfG E 4, 190 (192).

(226) Siehe BVerfG in seiner neuesten Entscheidung zu diesem Punkt vom 24.7.1957, NJW 1957, 1395.

keit diese Möglichkeit nur dann haben, wenn sie ein berechtigtes Interesse glaubhaft machen (§ 34 FGG). Hierzu ist zu sagen, daß es meistens nicht schwer fallen dürfte, ein derartiges **b e r e c h t i g t e s** (nicht: "rechtliches", also durch Rechtsbeziehung begründetes) Interesse **g l a u b h a f t** zu machen (nicht: "nachzuweisen"!). Trotzdem darf nicht übersehen werden, daß das Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit hier, verglichen mit demjenigen der streitigen Gerichtsbarkeit, für die Beteiligten einen - aber nicht großen - Nachteil hat. Dieser Nachteil wird jedoch dadurch ausgeglichen, daß das Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit mehr Möglichkeiten bietet, die Entscheidung eines Gerichts - insbesondere eines Amtsgerichts - durch höhere Instanzen nachprüfen zu lassen (siehe §§ 19 bis 28 FGG). Bei Entscheidung durch ein Amtsgericht ist die Möglichkeit gegeben, Beschwerde einzulegen, über welche das Landgericht entscheidet; dessen Entscheidung kann durch weitere Beschwerde angefochten werden, über die das Oberlandesgericht entscheidet. Im Bereich der streitigen Gerichtsbarkeit kann gegen das Urteil eines Amtsgerichts nur Berufung und gegen das Urteil eines Landgerichts, das in erster Instanz entscheidet, Berufung und - in beschränktem Umfang - Revision eingelegt werden. Es ist somit nicht übertrieben zu sagen, daß das Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit den Beteiligten etwa denselben Rechtsschutz bietet wie der Zivilprozeß. Auch aus diesem Grunde ist kein sachlich gerechtfertigter Grund dafür vorhanden, den deutschen Vormundschaftsgerichten die oben beschriebene Regelung nach Schweizer Recht zu untersagen. Dies wird in der deutschen Literatur und Praxis (227) überwiegend bejaht. Auch die Schweiz erkennt eine Regelung der elterlichen Gewalt durch deutsche Vormundschaftsgerichte an (228).

Art. 23 EG BGB bereitet dem deutschen Vormundschaftsgericht kein Hindernis. Die Maßnahmen, die das Vormundschaftsgericht treffen wird, bestehen in der Regel nicht in der Anordnung einer Vormundschaft oder Pflegschaft sondern in der Zuteilung der elterlichen Gewalt an einen der beiden Ehegatten. Die genannte Bestimmung kann auch nicht in dem Sinne analog angewendet werden, daß das deutsche Vormundschaftsgericht der ausländischen Behörde überhaupt den Vorrang zu lassen hat und erst, wenn diese untätig bleibt, eingreifen kann. Auch kann aus Art. 23 nicht geschlossen werden, daß die deutschen Vormundschaftsgerichte **n u r** für die Anordnung einer Vormundschaft oder Pflegschaft zuständig sein sollen. Es wurde oben (C II 3) dargelegt, daß Art. 23 EG BGB eng auszulegen ist, was auch hier gilt.

Es bleibt somit als Ergebnis der oben vorgenommenen Untersuchungen festzuhalten, daß ein deutsches Vormundschaftsgericht international zuständig und befugt ist, nach erfolgter Scheidung einer Schweizer Ehe das Rechtsverhältnis der geschiedenen Eltern zu ihren Kindern zu regeln.

2. Die legitimatio per iudicem (Art. 260 ff. ZGB)

Das Schweizer Recht (Art. 260 ZGB) kennt eine "Ehelicherklärung", die im Gegensatz zum deutschen Recht (§ 1723 BGB) kein Gnadenakt ist, auf die vielmehr in gewissen Fällen ein Anspruch besteht (229). Diese Ehelicherklärung darf erfolgen, wenn die leiblichen Eltern eines unehelichen

(227) Siehe Raape, Art. 19 C II 2 b und dortige Zitate; OLG Hamm, IPRspr. 1945-49 Nr. 24; Riezler in "Sachliche internationale Unzust." S. 205.

(228) Siehe Urteil des Zivilgerichts Basel-Stadt vom 16. 6. 1917, Schw. JZ, Bd. 14, S. 147; Lewald S. 139. Vergl. auch BayObLG E 19. 177.

(229) Vergl. Egger, Art. 261 Nr. 2; Tuor S. 213; Gmür-Silbernagel-Waber, Art. 260 V.

Kindes sich die Ehe versprochen hatten und die Trauung durch den Tod oder durch den Eintritt der Eheunfähigkeit eines der beiden Verlobten (z.B. Geisteskrankheit) unmöglich geworden ist. Liegen diese Voraussetzungen vor, dann kann der andere Verlobte oder das Kind beantragen, daß der Richter die Ehelicherklärung ausspricht (Art.260 I ZGB). Ist das Kind mündig, dann kann das Gesuch vom Verlobten nur mit Zustimmung des Kindes gestellt werden (Art.260 II ZGB). Nach dem Tode des Kindes können seine Nachkommen die Ehelicherklärung beantragen (Art.260 III). Für das Verfahren, welches sich nach kantonalem Recht richtet, ist "der Richter am Wohnsitz des Gesuchstellers" zuständig (Art.261 I). Es wird ein Verfahren der nichtstreitigen Gerichtsbarkeit sein (230). Sind die oben genannten Voraussetzungen erfüllt, dann muß der Richter die Ehelichkeit aussprechen. Die Entscheidung ist konstitutiver Natur.

Raape (231) verneint die Frage, ob ein deutscher Richter der freiwilligen Gerichtsbarkeit einen derartigen Akt vornehmen kann. Er führt zur Begründung aus, die Schweiz behalte wahrscheinlich die Entscheidung über den Legitimationsanspruch ihren eigenen Gerichten vor. Dafür spreche das Anfechtungsrecht des Kantons, dessen Bürger das Kind für ehelich erklären ließ (Art.262 I); denn an eine Anfechtung ausländischer Gerichtsentscheidungen im Ausland sei dabei sicher nicht gedacht. Daß eine vom Ausland vorbehaltene ausschließliche Zuständigkeit kein Hindernis ist, wurde in dieser Arbeit oben (B II 6) dargelegt. Im Ergebnis ist jedoch der Ansicht Raapes beizutreten. Ein deutscher Richter der freiwilligen Gerichtsbarkeit kann die oben beschriebene Ehelicherklärung deswegen nicht aussprechen, weil das deutsche Verfahrensrecht ihn zu einer derartigen Tätigkeit nicht für zuständig erklärt. Nach § 35 FGG sind für die dem Vormundschaftsgericht obliegenden Verrichtungen die Amtsgerichte sachlich zuständig. Um zu wissen, welche Tätigkeiten unter dem Begriff "Verrichtung des Vormundschaftsgerichts" zu verstehen sind, ist zur Unterstützung immer das materielle Recht heranzuziehen, welches erst endgültig bestimmt, welche "Verrichtung" im einzelnen gemeint ist. Hierfür kommt auch ein ausländisches materielles Recht in Frage. Jedoch kann mit dem Wort "Verrichtung" in § 35 FGG nur eine solche für das Vormundschaftsgericht typische gemeint sein. Welche Verrichtungen für deutsche Vormundschaftsgerichte typisch sind, bestimmt aber allein das deutsche Recht. Eine Legitimationserklärung ist aber nach deutschem Recht keine Verrichtung, die dem Amtsgericht in seiner Eigenschaft als Vormundschaftsgericht obliegt. Unsere deutsche Ehelichkeitserklärung durch Verfügung der Staatsgewalt nach § 1723 BGB, die mit der hier besprochenen Schweizer Einrichtung vergleichbar ist, hat den Charakter einer Verwaltungsentscheidung. Wenn ein Deutscher für ehelich erklärt werden soll, dann ist für diesen Akt nach § 10 I der Vereinheitlichungsverordnung vom 31.5.1934 (232) der Präsident des Landgerichts zuständig. Gegen dessen Entscheidung kann eine Beschwerde an den Präsidenten des Oberlandesgerichts, und wiederum gegen dessen Entscheidung kann Beschwerde an den "Reichsminister der Justiz" eingelegt werden (233). Außerdem ist eine Klage vor dem Verwaltungsgericht denkbar, das aber nur Ermessensmißbräuche oder -überschreitungen nachprüfen kann (234). Hieraus ergibt sich, daß eine Ehelicherklärung keine Tätigkeit ist, die als eine "Verrichtung des Vormundschaftsgerichts" im Sinne des § 35 FGG aufzufassen ist. Ein deutsches Vormundschaftsgericht ist daher für eine legitimatio per judicem im Sinne des Art. 260 ZGB sachlich unzuständig.

(230) Egger, Art.261 Nr.2.

(231) Art.22 C IV 1; vergl. auch Palandt-Lauterbach, Art.22 EG Nr.4 b.

(232) VO zur Vereinheitlichung der Zuständigkeit in Familien- und Nachlaßsachen vom 31.5.1934 (RGBl.1934 I S.472).

(233) Siehe Vereinheitlichungsverordnung § 13 i.V.m.Verordnung vom 17.5.1935 (RGBl. 1935 S.682), Art.I.

(234) Siehe Württemberg-Badischer VGH, JZ 1951 S.305. Das gilt nicht für das Gebiet der früheren Britischen Zone (siehe § 25 I MRVO Nr.165). Dort ist nach Art.19 IV GG der ordentliche Rechtsweg gegeben.

Mit dieser Feststellung wird nur die innerstaatliche Zuständigkeit verneint, so daß die Frage, ob deutsche Gerichte international zuständig sind, damit nicht berührt wird. Letztere Frage braucht deswegen nicht geprüft zu werden, weil der deutsche Vormundschaftsrichter selbst dann, wenn er seine internationale Zuständigkeit bejahen müßte, dieselbe Entscheidung zu erlassen hätte: Er müßte einen entsprechenden an ihn gestellten Antrag als unzulässig verwerfen. Hieraus ergibt sich, daß ein deutscher Richter nicht unbedingt immer zuerst die allgemeinere internationale Zuständigkeit prüfen muß, bevor er untersuchen kann, ob er auch innerstaatlich zuständig ist (235).

3. Genehmigungen der Vormundschaftsbehörde

a) Die Genehmigung einer Interzession (Art.177 Abs.3 ZGB)

Nach Schweizer Recht ist einer Ehefrau die Abgabe einer Interzessionserklärung (z.B. eine Bürgschaftserklärung) zugunsten des Mannes nur mit Genehmigung der Vormundschaftsbehörde erlaubt (Art.177 III ZGB). Dies hat nicht zu bedeuten, daß eine Schweizer Ehefrau in ihrer Geschäftsfähigkeit beschränkt ist. Sie ist auch nach Schweizer Recht voll vertragsfähig (236). Art.177 III bezweckt, die Ehefrau davor zu bewahren, derartige Rechtsgeschäfte ohne ihren freien Willen und ohne Kenntnis der Konsequenzen oder in illoyaler Weise abzuschließen (237). Die Ehefrau soll außerdem gegen den Mißbrauch der Ehegemeinschaft durch den Mann geschützt werden (238).

Raape (239) bejaht die Frage, ob ein deutsches Vormundschaftsgericht eine derartige Genehmigung erteilen kann, wenn ein in Deutschland lebendes Schweizer Ehepaar einen entsprechenden Antrag stellt. Er bejaht diese Frage wieder nur mit der Einschränkung, daß ein inländisches Gericht nicht tätig werden darf, wenn der ausländische Staat eine ausschließliche Zuständigkeit seiner Behörden in Anspruch nimmt. Daß eine derartige Einschränkung nicht zu machen ist, wurde oben (B II 6) dargelegt (240). Im übrigen ist der Ansicht Raapes zu folgen. Ob deutsche Gerichte für die Erteilung einer solchen Genehmigung international zuständig sind, bestimmt § 45 FGG, dessen zweiter Absatz § 36 II FGG für entsprechend anwendbar erklärt. Dadurch wird ausgesprochen, daß die internationale Zuständigkeit deutscher Vormundschaftsgerichte, die § 36 II FGG zur Bestätigung einer Adoption nach ausländischem Recht grundsätzlich bejaht, auch in den Angelegenheiten gegeben ist, für welche § 45 FGG (241) die Zuständigkeit regelt. Die Genehmigung einer Interzession ist eine solche "Angelegenheit, welche die persönlichen Beziehungen der Ehegatten zueinander" betrifft (242). Die deutschen Vormundschaftsgerichte sind somit für eine derartige Verrichtung international zuständig.

(235) Schnitzer (Bd.II S.719) empfiehlt, i m m e r die interne vor der internationalen Zuständigkeit zu prüfen.

(236) Vergl. Tuor S.158; Egger Art.177 I; Gmür, Art.177 VII,3.

(237) So Gmür, Art.177 VII, 3.

(238) Raape, Art.14 B II 2 h.

(239) Art.14 B II 2 h. Siehe jedoch Lehrbuch, S.314, wo Raape die Frage neuerdings offen läßt.

(240) So auch Soergel-Kegel, Art.14 II 12. Sie sagen, der Verkehr sei entsprechend Art.7 III und 16 II EG BGB zu schützen.

(241) In der ab 1.7.1958 geltenden Fassung fehlt die Verweisung auf § 36 II FGG. Daraus ist jedoch nicht zu folgern, daß sich die Rechtslage hinsichtlich der hier zu prüfenden Frage von dem genannten Zeitpunkt an ändern wird. Der durch § 36 II FGG ausgesprochene Grundsatz hat trotz der Änderung des Wortlauts des § 45 weiterhin für diese Bestimmung zu gelten; denn diese Änderung sollte nur die Forderung nach Gleichberechtigung der Frau verwirklichen und nicht den genannten Grundsatz ausschließen. Überdies ist, wie in der vorliegenden Arbeit oben dargelegt wurde, die internationale Zuständigkeit auch dann gegeben, wenn diese im Gesetz nicht besonders erwähnt wird (siehe in dieser Arbeit oben B I 2).

(242) Raape, Art.14 B II 2 h; Dölle, RabelsZ 1951,384; Soergel-Kegel, Art.14 II 11.

Da die genannte Genehmigung auch in der Schweiz von der Vormundschaftsbehörde gegeben wird, besteht schon deswegen eine Vermutung dafür, daß das Schweizer Recht eine solche Genehmigung durch ein deutsches Vormundschaftsgericht anerkennt. Auch aus anderen Gesichtspunkten ergeben sich keine Schwierigkeiten. Zwar bedarf in einer deutschen Ehe die Frau keiner Genehmigung durch das Vormundschaftsgericht, wenn sie zugunsten ihres Mannes ein Pfandrecht bestellen oder sich verbürgen will. Hieraus ist nicht zu schließen, daß eine Interzession im Sinne des Art.177 III ZGB dem deutschen Recht wesensfremd ist, so daß es fraglich wäre, ob ein deutsches Gericht eine Interzession genehmigen kann (siehe oben B II 7). Zustimmungserklärungen ähnlicher Art sind dem deutschen Richter nicht unbekannt (z.B. § 1358 oder §§ 1821, 1822 BGB) (243). Auch Reu (244) bejaht die Frage, und zwar mit der Begründung, derartige Verrichtungen seien dem deutschen Vormundschaftsgericht institutionell nicht fremd; auch die zwischenstaatliche Zusammenarbeit verlange es, daß die deutschen Behörden hier nicht untätig bleiben (245).

Die deutschen Vormundschaftsgerichte sind somit zuständig und befugt, eine Interzession im Sinne des Art.177 III ZGB zu genehmigen.

b) Genehmigung zum Abschluß eines Ehevertrags nach Eingehung der Ehe (Art.181 II ZGB)

Wenn zwei Schweizer heiraten, stehen sie, sofern sie keinen Ehevertrag geschlossen haben, im Güterstand der "Güterverbindung" (Art.178 ZGB). Sie können nach Eingehung der Ehe (wie auch in Deutschland, siehe § 1432 BGB) ihren Güterstand durch einen Ehevertrag ändern. Ein solcher Ehevertrag muß öffentlich beurkundet sein und muß die Unterschriften der vertragsschließenden Personen enthalten (Art.181 I ZGB). Nach Art.181 II ZGB bedarf der Vertrag außerdem der Zustimmung der Vormundschaftsbehörde. Diese Bestimmung bezweckt, die Ehegatten vor der Gefahr gegenseitiger Beeinflussung zu schützen (246). Die Vormundschaftsbehörde soll darüber wachen, daß nicht die Interessen des einen Teils eigennützigen Berechnungen des anderen Teils geopfert werden (246). Egger (247) glaubt, eine gewisse Skepsis insbesondere der deutsch-schweizerischen Kantone gegenüber Eheverträgen aus dieser Tatsache schließen zu müssen, daß die oben genannte Genehmigung erforderlich ist. Insbesondere sei ein traditionelles Mißtrauen gegenüber erst in der Ehe abgeschlossenen Eheverträgen vorhanden. Die Frau solle damit geschützt werden. Raape (248) bezweifelt es, daß deutsche Vormundschaftsgerichte eine derartige Genehmigung geben können. Krönig (249) untersucht die Frage, ob Art.181 II ZGB, der die genannte Genehmigung verlangt, eine Formvorschrift darstellt, so daß in Deutschland für die Wirksamkeit eines Ehevertrags, wenn dies nach Schweizer Recht beurteilt werden soll, eine vormundschaftsbehördliche Genehmigung nicht erforderlich wäre (Art.11 I, 2 EG BGB und § 1434 BGB). Eine Norm, die für die Gültigkeit eines Rechtsgeschäfts die Genehmigung einer Behörde verlangt, ist jedoch nicht als Formvorschrift anzusehen (250). Es handelt sich hier nur um ein zusätzliches Erfordernis, das - ebenso wie die Formvorschriften - materielle Wirkungen hat.

(243) Raape, Art.14 B II 2 h.

(244) S.131.

(245) Ebenfalls bejahend: Soergel-Kegel, Art.14 II 12; Döhlle, *NabelsZ* 1951, S.383/384; Krönig S.91.

(246) *Tuor* S.167.

(247) Art.181 Nr.2 a.

(248) Art.15 C IV 2

(249) S.91 ff.

(250) So auch Raape, Art.15 C IV 2 und Krönig, S.91 ff.

Krönig versucht, noch auf andere Art zu beweisen, daß die Zustimmung der Vormundschaftsbehörde nach Art.181 II ZGB, falls ein Schweizer Ehepaar in Deutschland einen Ehevertrag schließen will, überflüssig ist: Er wendet Art.15 II, letzten Halbsatz EG BGB an (251). Art.15 EG BGB bestimmt, daß für die Beurteilung des ehelichen Güterrechts einer Ehe stets die Gesetze desjenigen Staates maßgebend sind, dem der Mann zur Zeit der Eingehung der Ehe angehörte. Diese von Krönig erwähnte Vorschrift gestattet in Deutschland lebenden Ausländern, auch dann einen Ehevertrag zu schließen, wenn dieser nach dem nach Art.15 EG BGB zu bestimmenden ausländischen Recht unzulässig wäre. Krönig wendet diese Vorschrift an und kommt zu dem Ergebnis, daß eine vormundschaftsbehördliche Genehmigung im Sinne des Art.181 II ZGB in Deutschland überflüssig ist (252). Dem kann nicht zugestimmt werden. Krönig legt Art.15 II, letzten Halbsatz zu weit aus. Diese Vorschrift ist eine typische Ausnahmenvorschrift, und Ausnahmebestimmungen sind in der Regel eng auszulegen. Art.15 II, letzter Halbsatz will nur ausländischen in Deutschland lebenden Ehegatten die Möglichkeit geben, einen Ehevertrag zu schließen, obwohl dies nach dem betreffenden ausländischen Recht unzulässig wäre. Mehr bezweckt diese Vorschrift nicht. Wie oben aber dargelegt, ist ein Ehevertrag nach Schweizer Recht nicht unzulässig sondern zulässig. Die von Krönig zitierte Bestimmung ist somit nicht anwendbar. Daraus ergibt sich, daß die Genehmigung der Vormundschaftsbehörde auch in Deutschland eingeholt werden muß, damit der Ehevertrag materiell wirksam ist.

Auch ein deutsches Vormundschaftsgericht kann diese Genehmigung erteilen. Die internationale Zuständigkeit ist wiederum zu bejahen (§§ 45 II i.V.m. 36 II FGG (253)). Daß dieser Akt, den hier ein deutsches Gericht erlassen würde, vom Schweizer Recht anerkannt wird, kann nicht zweifelhaft sein, da in der Schweiz dieselbe Behörde sachlich zuständig ist. Dafür spricht außerdem, daß dem Art.181 II ZGB derselbe Gedanke zugrunde liegt wie dem oben unter a) behandelten Art. 177 III ZGB. Auch sonst ist nichts zu erkennen, was entgegenstehen könnte. Ein deutsches Vormundschaftsgericht ist somit zuständig und befugt, eine Genehmigung im Sinne des Art.181 II ZGB zu erteilen.

4. Amtliche Liquidation einer Erbschaft

Auch im Schweizer Recht (254) können die Erben ihre Haftung beschränken. Dies ermöglicht u.a. die sogenannte "amtliche Liquidation", welche mit unserer deutschen Nachlaßverwaltung vergleichbar ist. Nach Schweizer Recht hat jeder Erbe, der befugt ist, die Erbschaft auszuschlagen, das Recht, die Aufnahme eines öffentlichen Inventars zu beantragen, bevor er die Erbschaft annimmt (Art.580 I ZGB). Dieser Antrag muß innerhalb eines Monats (255) bei der z u s t ä n d i g e n B e h ö r d e gestellt werden

(251) Siehe S.95.

(252) Ebenso KG in HRR 33,205.

(253) Siehe wegen der ab 1.7.1958 geltenden Neufassung des § 45 FGG oben Anmerkung (241).

(254) Wenn ein Schweizer, der seinen Wohnsitz in Deutschland hat und dessen Vermögen sich hier befindet, stirbt, dann ist in Deutschland Schweizer Erbrecht anzuwenden (Art.25,1 EG BGB und Art.28,Ziff.2 NAG). Art.28 NAG lautet:

"Soweit nicht Staatsverträge besondere Bestimmungen enthalten, gelten für die personen-, familien- und erbrechtlichen Verhältnisse der Schweizer, welche im Ausland ihren Wohnsitz haben, folgende Regeln:
1.) ... (trifft hier nicht zu)
2.) Sind diese Schweizer nach Maßgabe der ausländischen Gesetzgebung dem ausländischen Recht nicht unterworfen, so unterstehen sie dem Recht und dem Gerichtsstand ihres Heimatkantons."

Eine in Deutschland zu beachtende Rückverweisung (Art.27 EG BGB) liegt somit nicht vor.

(255) Die Monatsfrist beginnt für gesetzliche Erben mit dem Zeitpunkt zu laufen, in welchem diesen der Tod des Erblassers bekannt wurde, oder, falls sie nachweisbar vom Erbfall später Kenntnis erhielten, mit diesem Zeitpunkt. Für eingesetzte Erben beginnt die Frist mit dem Zeitpunkt zu laufen, in welchem den Erben die amtliche Mitteilung von der Verfügung des Erblassers zugeht (Art.567 II ZGB).

(Art. 580 II), welche das Inventar nach den Vorschriften des entsprechenden kantonalen Rechts aufnehmen wird (Art. 581 I ZGB). Nach Aufnahme des Inventars wird der Erbe aufgefordert, sich binnen Monatsfrist über den Erwerb der Erbschaft zu erklären (Art. 587 I ZGB). Erst jetzt braucht sich der Erbe endgültig zu entscheiden, ob er die Erbschaft annehmen oder ausschlagen will. Er hat ein vierfaches Wahlrecht: Er kann entweder ausschlagen, oder die amtliche Liquidation verlangen, oder die Erbschaft unter öffentlichem Inventar oder vorbehaltlos annehmen (Art. 588 I ZGB). Sind mehrere Miterben vorhanden, dann kann keine amtliche Liquidation erfolgen, wenn auch nur ein Erbe die Annahme erklärt (Art. 593 II ZGB). Sie können also nur zusammen die amtliche Liquidation verlangen (256). Wird diese durchgeführt, dann haften die Erben nicht für die Schulden der Erbschaft (Art. 593 III).

Die amtliche Liquidation wird von der "zuständigen Behörde" oder in deren Auftrag von einem oder mehreren Erbschaftsverwaltern durchgeführt (Art. 595 I ZGB). Diese zuständige Behörde oder der von ihr beauftragte Erbschaftsverwalter hat etwa dasselbe zu tun wie ein Nachlaßverwalter in Deutschland (257): Es wird mit der Aufnahme eines Inventars begonnen (welches aber meistens schon vollständig vorliegen dürfte), womit ein Rechnungsruf verbunden ist (Art. 595 II ZGB). Sodann sind die laufenden Geschäfte des Erblassers zu beenden, seine Verpflichtungen zu erfüllen, seine Forderungen einzuziehen, die Vermächtnisse nach Möglichkeit auszurichten, die Rechte und Pflichten des Erblassers, soweit nötig, gerichtlich festzustellen und sein Vermögen zu versilbern (258).

Die Frage, ob eine Nachlaßverwaltung nach ausländischem Erbrecht von einem deutschen Nachlaßgericht angeordnet und durchgeführt werden kann, ist umstritten. Die h.L. lehnt sie ab (259). Die internationale Zuständigkeit ist gegeben, was bereits oben (B I 2 und 3 a; C II 4) geprüft wurde. Auf die durch Art. 28, Ziff. 2 NAG den Schweizer Behörden vorbehaltene ausschließliche Zuständigkeit braucht keine Rücksicht genommen zu werden; auch das wurde oben (B II 6) erörtert. Das Schweizer Recht erkennt die eben beschriebene Tätigkeit an, wenn sie durch ein deutsches Nachlaßgericht durchgeführt wird. Das Schweizer materielle Recht spricht immer nur von der "zuständigen Behörde". Die vorherigen notwendigen Anträge sind bei ihr zu stellen (siehe oben, insbesondere Art. 580 I ZGB), und auch die Durchführung der amtlichen Liquidation obliegt ihr. In der Schweiz wird diese "zuständige Behörde" vom kantonalen Recht bestimmt. Für die Aufnahme des Inventars ist die Behörde regelmäßig angewiesen, eine besondere Stelle zu beauftragen. Es ist meistens ein Notar (260). Schon hieraus ergibt sich, daß in der Schweiz die verschiedensten Behörden tätig werden und daß das Schweizer materielle Recht in der Anerkennung dieser behördlichen Akte aus diesem Grunde großzügig sein muß. Das Schweizer Recht überläßt es bewußt anderen gesetzlichen Vorschriften (siehe Art. 580 I und 595 I ZGB) zu bestimmen, welche Behörde die vom ZGB vorgeschriebene Tätigkeit durchzuführen hat. Der Sinn der Art. 580 ff. ZGB ist demjenigen der Art. 793 ff. C.c. ähnlich: Es wird deswegen die Tätigkeit einer Behörde verlangt, um damit zu verhindern, daß der Erbe ein privatschriftliches Inventar auf-

(256) Vergl. hierzu im deutschen Recht § 2062 BGB.

(257) Vergl. Art. 595 bis 597 mit §§ 1985 ff. BGB.

(258) Art. 596 I ZGB. Siehe weitere Einzelheiten, die nicht interessieren, in den Art. 596 II, III und 597 ZGB.

(259) Vergl. oben B II 2 und insbesondere OLG Dresden, OLG 30, 177; Raape Art. 25 G I 2; Josef NZ XXVIII S. 320 ff. Anderer Ansicht: Niemeyer NZ XIII S. 56, 57; Walker S. 889; vergl. auch Soergel-Kegel, Vorbem. V 1 vor Art. 24 bis 26; Martin Wolff S. 235; Lewald S. 328 bis 331. Ganz anders Reichhof (S. 86), welcher eine Nachlaßverwaltung dann zulassen will, wenn infolge der vom deutschen Recht gänzlich verschiedenen Regelungen des materiellen ausländischen Rechts eine Beschränkung der Haftung in Deutschland unmöglich wäre und der Erbe also praktisch nur ausschlagen oder vorbehaltlos mit allen vielleicht noch nicht zu überschenden Schulden annehmen könnte. In diesem Fall schlägt Reichhof vor, eine Nachlaßverwaltung nach deutschem Recht zuzulassen.

(260) Siehe Gmür-Tuor, Art. 580 II.

nimmt oder gar die Liquidation selbst nach seinem Ermessen vornimmt. Nur die Mitwirkung einer Behörde oder eines Notars bietet die Sicherheit, daß der wahre Wert des Nachlasses festgestellt wird. Nur auf diese Weise ist es wiederum möglich zu verhindern, daß sich der Erbe unter Benachteiligung der Nachlaßgläubiger an den Gütern der Erbschaft bereichert. Diese Zwecke können auch durch ein deutsches Nachlaßgericht erfüllt werden. Dem Sinn der Art. 580 ff. ZGB ist nicht zu entnehmen, daß das Schweizer Recht nur einer Schweizer Behörde Vertrauen schenkt und daß es folglich nur deren Tätigkeit anerkennen würde. Aus diesen Gründen kann auch ein deutsches Nachlaßgericht als "zuständige Behörde" im Sinne der Art. 580 ff. ZGB angesehen werden.

Von der Wissenschaft wird auf dem Gebiete des internationalen Erbrechts zunehmend gelehrt, die deutschen Nachlaßgerichte könnten auch dann tätig werden, wenn ausländisches Erbrecht gilt; Voraussetzung sei jedoch, daß dieses ähnliche Maßnahmen wie das deutsche kennt (261). Insbesondere Kegel bei Soergel (262) ist der in dieser Arbeit vertretenen Ansicht. Er räumt ebenfalls ein, daß die Regeln des deutschen Nachlaßverfahrens auf das materielle deutsche Erbrecht zugeschnitten sind. Daraus folge aber nicht, daß sie nie passen, wenn ausländisches materielles Erbrecht gilt. Nach Kegel genügt es, wenn das deutsche Verfahren mit dem materiellen ausländischen Erbrecht verträglich ist, gleich ob das ausländische Verfahrensrecht ähnliche Maßnahmen kennt. Dies ist dem Sinn nach das gleiche, das in dieser Arbeit oben (B II 2) gesagt wurde: der deutsche Richter darf nicht generell jede Tätigkeit ablehnen, sondern muß versuchen, das von ihm anzuwendende ausländische Recht an das deutsche Verfahrensrecht anzupassen. Daß dies im vorliegenden Falle keine Schwierigkeiten bietet, wurde oben gezeigt. Auch ein deutsches Nachlaßgericht kann somit die oben beschriebene amtliche Liquidation durchführen.

IV. Ein Fall aus dem österreichischen Recht

Die Einantwortung des Nachlasses

Eine Einrichtung des österreichischen Rechts, die dem deutschen Recht unbekannt ist, ist die Einantwortung des Nachlasses durch ein sogenanntes "Abhandlungsgericht". Das österreichische Recht bestimmt in § 797 ABGB, daß niemand eine Erbschaft eigenmächtig in Besitz nehmen darf. Das Erbrecht muß vielmehr "vor Gericht verhandelt und von demselben die Einantwortung des Nachlasses, das ist die Übergabe in den rechtlichen Besitz, bewirkt werden". Demgegenüber geht im deutschen Recht der Besitz ipso jure auf den Erben über (§ 857 BGB). Innerhalb des Zeitraumes zwischen dem Tode des Erblassers und der gerichtlichen Einweisung in den rechtlichen Besitz nach § 797 ABGB wird im österreichischen Recht "die Verlassenschaft so betrachtet, als ob sie noch von dem Verstorbenen besessen würde" (§ 547 ABGB). Der Besitz des Erblassers wird also zunächst weiter fingiert. Streitig ist in Österreich, ob der Erbe das Eigentum an der Erbmasse schon mit dem Erbfall oder erst mit der gerichtlichen Einant-

(261) Siehe Martin Wolff S.235; Soergel-Kegel, Vorben. V 1 vor Art.24-26. Vergl. auch Lewald S.328-331.
(262) a.a.O.

wortung erwirbt. Die österreichische herrschende Meinung (263) ist der Ansicht, daß das Eigentum erst mit der Einantwortung erworben wird, und stützt sich auf die §§ 424 ff. ABGB. Insbesondere § 425 wird genannt, der bestimmt, daß ein bloßer Titel noch kein Eigentum übertragen, daß vielmehr Eigentum nur durch "rechtliche Übergabe und Übernahme" erworben werden kann (264). Dies ergibt sich auch aus der Fassung des § 436 ABGB. Er lautet:

Wenn das Eigentum unbeweglicher Sachen oder eines Bauwerks zufolge rechtskräftigen Urteils, gerichtlicher Teilung oder Einantwortung einer Erbschaft übertragen werden soll, ist ebenfalls die Einverleibung (265) (§§ 431 bis 433 ABGB) oder Hinterlegung der Urkunde (266) (§§ 434, 435) erforderlich.

Wenn in dieser Vorschrift davon die Rede ist, daß das Eigentum gewisser Grundstücke wegen einer Einantwortung übertragen werden soll, dann kann daraus geschlossen werden, daß mindestens bei Grundstücken das Eigentum mit dem Erbfall noch nicht auf den Erben übergegangen war. (267)

Die Einantwortung des Nachlasses erfolgt, wie schon erwähnt, durch das sogenannte "Abhandlungsgericht" (§ 105 JN) (268). Dieses Gericht hat von Amts wegen zu erforschen, ob derjenige, der sich als Erbe ausgibt, auch in Wahrheit Erbe ist (269). Sobald hierauf "über die eingebrachte Erbschafts-erklärung der richtige Erbe vom Gericht erkannt ist", wird ihm die Erbschaft eingewantwortet und die Abhandlung geschlossen (§ 819 ABGB). Die Einantwortung erfolgt durch Beschluß im außerstreitigen Verfahren; außerdem muß dem Erben die Einantwortungsurkunde zugestellt werden (§ 18 AußStrG) (270). Diese Urkunde wird von Amts wegen (271) ausgestellt und hat folgenden Inhalt (272): 1. Namen des Erblassers und Todestag; 2. Name des Erben und, wenn mehrere Erben vorhanden sind, das Verhältnis, nach welchem sie an der Erbschaft teilnehmen; 3. gewisse dingliche Beschränkungen des Erben (z.B. Vor- und Nacherbschaft); 4. wenn der Erbe minderjährig oder pflegebefohlen ist, eine ausdrückliche Hervorhebung dieses Umstands. Vermächtnisse, Auflagen und Pflichtteilsschulden sind in diese Urkunde nicht einzutragen (273). Die Einantwortungsurkunde ist eine öffentliche Urkunde und erbringt vollen Beweis für das, was darinnen vom Abhandlungsgericht bezeugt wird; der Gegenbeweis ist zulässig (siehe § 292 österreichische ZPO) (274).

Es ist fraglich, ob deutsche Nachlaßgerichte eine derartige Einantwortung vornehmen können. Weissler (275) verneint das mit der Begründung, in Österreich bestehe zwischen sachlichem und Verfahrensrecht ein untrennbarer Zusammenhang (276). Dem ist zuzustimmen. Schon die Tatsache, daß

(263) Siehe Klang II § 436, 2 b und dortige zahlreiche Zitate unter Anm.3). Siehe auch Kipp-Coing S.270 und dortige Anm.12).

(264) Siehe Karl Wolff S.342, der diese h.L. erwähnt, sie jedoch bekämpft.

(265) Bedeutet Eintragung in das Grundbuch.

(266) Betrifft Grundstücke, die nicht im Grundbuch eingetragen sind. Diese Urkunde muß eine öffentliche sein, welche folgende Angaben enthalten muß: die Personen, die das Eigentum übertragen und übernehmen; das Grundstück selbst mit Bestandteilen; Rechtsgrund der Übergabe; Ort und Zeit des Vertragsschlusses (siehe § 433 ABGB).

(267) Vergl. auch § 819,2 ABGB.

(268) Jurisdiktionsnorm; Gesetz vom 1.8.1895 (RGBl. Nr.111).

(269) Das Gericht hat hierbei die üblichen Ermittlungen anzustellen; siehe Einzelheiten in §§ 810 bis 818 ABGB.

(270) Patent über das Verfahren außer Streitsachen (kaiserliches Patent vom 9.8.1854, RGBl. Nr.208).

(271) Nach deutschem Recht wird ein Erbschein nur auf Antrag ausgestellt; siehe § 2353 BGB.

(272) Siehe § 174 AußStrG.

(273) Vergl. Klang III S.1053.

(274) Gesetz vom 1.8.1895, RGBl. Nr.113.

(275) Band II S.368.

(276) Vergl. auch OLG Dresden, OLG 30,177.

die von den Abhandlungsgerichten anzuwendenden Verfahrensnormen nicht nur im AuBStrG (siehe Anm.(270)) und der Jurisdictionsnorm (siehe Anm.(268)), sondern auch im ABGB (277) selbst enthalten sind, spricht dafür. Zum anderen kann dies aus der Tatsache geschlossen werden, daß das österreichische Recht die Einrichtung der Einantwortungsurkunde kennt, die, nachdem die erforderlichen Ermittlungen durchgeführt wurden, von Amts wegen anzufertigen und von Amts wegen dem Erben zuzustellen ist. Die Normen, die das anordnen, sind verfahrensrechtliche (278). In Österreich ist es allein Aufgabe der Behörde, die zu ermittelnden Erben in Besitz und Eigentum der Erbmasse einzuweisen und ihnen dies durch die genannten Urkunden zu bescheinigen, während in Deutschland die Nachlaßgerichte keine derartige *missio in bona* vornehmen und einen Erbschein nur auf Antrag erteilen dürfen. Der Vorschrift, daß ein Erbe den Nachlaß nicht eigenmächtig in Besitz nehmen, dies vielmehr erst dann tun darf, wenn eine Behörde ihn in diesen einweist, entspricht die Regelung, daß das Abhandlungsgericht die notwendigen Ermittlungen vorzunehmen und danach eine Einantwortungsurkunde von Amts wegen anzufertigen und zuzustellen hat. Beides hat nur zusammen einen Sinn, und beides ist aufeinander abgestimmt. Beide Rechtsgebiete bilden somit eine untrennbare Einheit.

Von diesem Gesichtspunkt scheint auch das Nachlaßabkommen zwischen dem Deutschen Reich und der Republik Österreich vom 5.2.1927 (279) ausgegangen zu sein. § 8 dieses Abkommens bestimmt, daß die bei der Regelung eines Nachlasses den Behörden obliegenden Verrichtungen von den Behörden des Staates vorzunehmen sind, dem der Erblasser zur Zeit seines Todes angehört hat. Zu diesen Heimatbehörden zählen auch die Konsulate (§ 8,2). Nur Sicherungsmaßnahmen können die Behörden beider Staaten anordnen (siehe §§ 10 und 20).

Deutsche Nachlaßgerichte können somit, wie obige Darlegungen zeigen, keine Einantwortung eines Nachlasses nach österreichischem Recht vornehmen.

V. Ein Fall aus dem italienischen Recht

Nachlaßliquidation des Erben mit Hilfe eines Notars

In Italien kann eine Erbschaft vorbehaltlos oder unter der Rechtswohltat des Inventars angenommen werden (Art.470 I C.c.it.). Die Annahme unter der Rechtswohltat des Inventars hat durch eine Erklärung vor einem Notar oder vor dem Urkundsbeamten der Prätur (280), in deren Bereich die Erbschaft eröffnet wurde, zu geschehen. Diese Erklärung ist in ein Erbschaftsregister einzutragen (Art.484 II C.c.it.). Innerhalb eines Monats von dieser Eintragung an gerechnet, muß die Erklärung auf Veranlassung des Urkundsbeamten in das Grundbuch des Ortes eingetragen werden, in welchem die Erbfolge eröffnet wurde (Art.484 II C.c.it.). Außerdem muß ein Inventar entweder vor oder nach Abgabe dieser Erklärung aufgenommen und

(277) Siehe §§ 810 bis 818, die trotz ihrer Einfügung in das ABGB verfahrensrechtliche Vorschriften sind. Ebenso enthält das BGB damit vergleichbare formelle Normen (z.B. §§ 2358 bis 2360).

(278) Siehe die bereits zitierten §§ 18,174 AuBStrG.

(279) RGbl. 1927 II S.505.

(280) Die italienische Prätur entspricht dem deutschen Amtsgericht, das tribunale dem Landgericht.

eingereicht werden (Art. 484 III C.c.it.). Dies hat entweder wieder durch den Urkundsbeamten oder durch einen Notar zu geschehen (Art. 769 I C.pr.c.it.). In Italien ist im Erbschaftsregister zu vermerken, ob und wann ein Inventar aufgenommen wurde (Art. 484 IV und V C.c.it.). Hat ein Erbe die genannten Voraussetzungen erfüllt, dann haftet er für die Nachlaßverbindlichkeiten nur bis zur Höhe des Wertes des Nachlasses (Art. 490 C.c.it.). Hierauf folgt die Liquidation, die der Erbe selbst vornehmen kann, wenn die Gläubiger nicht widersprechen (Art. 495 I). Es ist aber auch eine amtliche Liquidation möglich, wenn entweder der Erbe selbst sie beantragt (Art. 503 I), oder wenn ein Gläubiger der privaten Abwicklung durch den Erben widerspricht (Art. 498 I). Die amtliche Liquidation beginnt damit, daß der Erbe durch einen Notar alle Gläubiger auffordern läßt, innerhalb einer vom Notar angesetzten Frist, die 30 Tage nicht überschreiten darf, ihre Forderungen anzumelden (Art. 498 II C.c.it.). Diese Aufforderung erfolgt durch eingeschriebenen Brief an alle Gläubiger, deren Aufenthaltsort bekannt ist, und ist außerdem im Amtsblatt der Provinz zu veröffentlichen (Art. 498 III). Vor Abwicklung und Einziehung der Aktiven des Nachlasses wird ein Rangordnungsverzeichnis ("stato di graduazione", siehe Art. 499 II C.c.it.) durch den Erben und den Notar aufgestellt. Dieses Verzeichnis wird durch den Notar wieder durch eingeschriebenen Brief an die Gläubiger, deren Aufenthaltsort bekannt ist, mitgeteilt und ebenfalls im Amtsblatt der Provinz veröffentlicht. Für den Fall, daß innerhalb von 30 Tagen niemand widerspricht, wird dieser Plan "definitiv" und dient in Italien als Vollstreckungstitel (siehe Art. 501, 502 I C.c.it.) (281).

Der Erbe hat eine weitere Möglichkeit, seine Haftung zu beschränken. Er kann innerhalb eines Monats nach Ablauf der Frist zur Anmeldung der Forderungen, falls er noch keine Abwicklungshandlung vorgenommen hat, den gesamten Nachlaß zugunsten der Gläubiger und Vermächtnisnehmer aufgeben und einem Pfleger (curatore) ausliefern, der die Abwicklung durchführt (282). Dies muß der Erbe den Gläubigern und Vermächtnisnehmern in der bereits beschriebenen Form des Art. 498 III C.c.it. mitteilen. Die Aufgabenerklärung ist in das Erbschaftsverzeichnis einzutragen. Auch in diesem Falle haftet der Erbe beschränkt.

Die Frage, ob die oben beschriebene Nachlaßliquidation nach italienischem Recht in Deutschland mit Hilfe eines deutschen Nachlaßgerichts, das die Tätigkeit des italienischen Notars zu übernehmen hätte, möglich ist, ist zu verneinen. Zwar ist die internationale Zuständigkeit wieder zu bejahen (vergl. oben B I 2 und 3 a; C II 4). Jedoch ist es nicht möglich, die Erklärung des Erben, er nehme die Erbschaft unter der Rechtswohltat des Inventars an, in ein Erbschaftsregister einzutragen, weil es ein derartiges Register in Deutschland nicht gibt. Diese Eintragung ist aber nach italienischer Auffassung ebenso wichtig wie die Erklärung vor der Prätur (283). Fehlt sie, dann treten die beabsichtigten Wirkungen nicht ein. Der Grund für diese Regelung ist der, daß die Gläubiger und Vermächtnisnehmer die Möglichkeit haben sollen, sich über die wirtschaftliche Lage des Erben hinsichtlich der Erbschaft zu unterrichten (284). Es ist an dieser Stelle etwa dasselbe zu sagen wie oben (C II 4): Ein deutsches Nachlaßgericht könnte nur die Erklärung des Erben entgegennehmen. Dies wäre nach italienischem Recht wirkungslos, weil die Erklärung nicht in ein Erbschaftsregister eingetragen werden kann. Die bloße Entgegennahme der Erklärung ohne Eintragung genügt aber nach italienischem Recht nicht, um eine Haf-

(281) Vergl. außerdem Ruggiero-Maroi Bd. I S. 403 bis 405; Trabucchi S. 762 bis 764.

(282) Siehe Art. 507 C.c.it. und Trabucchi S. 764.

(283) Siehe Stolfi S. 147.

(284) Stolfi a.a.O.

tungsbeschränkung herbeizuführen. Das italienische Recht erkennt somit die Tätigkeit eines deutschen Nachlaßgerichts nicht an. Der inländische Nachlaßrichter kann daher die Erklärung des Erben, er nehme die Erbschaft unter der Rechtswohltat des Inventars an, nicht entgegennehmen (vergl. auch oben B II 3).

L e b e n s l a u f

Ich wurde am 9. April 1929 in Milano/Italien geboren. Im Herbst 1935 trat ich in die erste Volksschulklasse der dortigen Deutschen Oberschule Mailand ein. Nachdem mir im Jahre 1938 gestattet worden war, die vierte Volksschulklasse zu überspringen, trat ich im Herbst desselben Jahres in die erste Oberschulklasse ein. Ich besuchte diese Schule bis zur Beendigung des fünften Oberschuljahres im Sommer 1943. Das 6. bis 8. Jahr leistete ich an der Oberschule für Jungen in Jena/Thüringen ab. An der gleichen Anstalt bestand ich im Sommer 1946 die Reifeprüfung. Nach einem 4-semestrigen Musikstudium an der Staatlichen Hochschule für Musik in Weimar (von 1946 bis 1948) studierte ich ab Sommersemester 1950 sieben Semester Rechts- und Staatswissenschaften an der Albert-Ludwigs-Universität in Freiburg i.Br. Am 5.3.1954 bestand ich vor der Justizprüfungskommission Freiburg die Erste juristische Staatsprüfung mit der Note "befriedigend". Ab 1.3.1955 befinde ich mich als Gerichtsreferendar im Vorbereitungsdienst des Landes Baden-Württemberg.

